

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

CONSTRUCTIVISME ET CAPACITÉ INTERNATIONALE DES
ÉTATS FÉDÉRÉS : L'EXEMPLE DE LA PARTICIPATION DU
QUÉBEC AU RÉGIME DE PROTECTION DES GRANDS LACS

MÉMOIRE PRÉSENTÉ COMME EXIGENCE PARTIELLE DE
LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

PIERRICK CHOINIÈRE-LAPOINTE

OCTOBRE 2008

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à Réjane Choinière. Réjane l'avocate, la militante mais surtout, cette mère aimante dont le soutien indéfectible a permis la réalisation de ce projet. Ses aptitudes littéraires remarquables, son support moral et son aide financière ont été déterminants dans l'achèvement du mémoire. Merci mille fois, maman.

Bien sûr, ceux qui connaissent Réjane savent à quel point elle privilégie l'action collective et les décisions concertées. Ainsi, mon père, Richard Lapointe, n'est jamais bien loin. Je tiens à le remercier sincèrement de l'attention qu'il a portée à mon parcours. Richard a toujours été un modèle de courage particulièrement utile dans les moments difficiles. Je reconnais surtout l'importance qu'ont eue ses conseils judicieux qui m'ont permis d'avancer.

Merci, en fait, à vous deux, mes parents. D'autant que je me souviens, vous avez toujours promis à vos enfants de les supporter, dans tous les sens du terme, aussi loin que les mènerait leur étude. Vous avez largement rempli cette promesse... et bien au-delà.

Je tiens évidemment à remercier sincèrement mon directeur de recherche, le professeur Hugo Cyr. Cet être fascinant, dont je saisis un peu mieux aujourd'hui la personnalité complexe, a cette intrigante capacité d'exciter la réflexion de son interlocuteur par ses questionnements et ses sarcasmes. C'est de cette façon que le professeur Cyr m'a enseigné ce qu'il y a de plus précieux : l'exercice de la réflexion et du questionnement. Il a aussi fait preuve d'une diligence impeccable dans la direction de mes recherches et la correction de mes nombreuses ébauches. À ce chapitre, la moindre des choses est de remercier aussi Éloïse-Than, la petite fille d'Hugo, d'avoir eu l'amabilité de partager avec moi l'attention de son papa.

En plus des remerciements, je tiens à témoigner mon affection à ceux qui forment aujourd'hui ma famille. Mylène, ma conjointe, et Esteban, qui m'appelle affectueusement son « demi-père », je ne saurais vous dire à quel point je vous suis reconnaissant pour la patience que vous avez eue à mon égard. N'ayant désormais plus à consacrer de longues heures dans le silence de mon bureau à faire résonner les touches du clavier de mon ordinateur, j'aurai maintenant tout le temps nécessaire pour bâtir, avec vous et l'enfant qui s'en vient, la plus heureuse des petites familles.

En terminant, j'ai un remerciement particulier à offrir à l'UQÀM. Cette institution n'est certes pas parfaite, mais elle joue toujours ce rôle fondamental qui consiste à réduire les inégalités sociales, par une diffusion populaire du savoir. En tant qu'institution publique, ses difficultés nous affectent tous et toutes. Je souhaite sincèrement que nous en prendrions conscience et que nous ferons le nécessaire afin d'éviter de s'appauvrir collectivement.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	vi
INTRODUCTION	1
 I. CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES	6
A. Les approches <i>internationaliste</i> et <i>constitutionnelle</i> au problème de la capacité internationale des États fédérés : les deux visages de Janus	6
B. Perspectives nouvelles : les théories des relations internationales à la rescousse	21
a. L'école réaliste	25
b. L'analyse libérale	30
c. Le constructivisme	33
C. Contructivisme, pluralisme et capacité internationale des États fédérés : le modèle proposé	38
a. Droit international et constructivisme juridique.....	38
b. Intérêt de la théorie pour l'étude de la capacité internationale des États fédérés	51
 II. CAPACITÉ DES ÉTATS FÉDÉRÉS DANS LE RÉGIME FÉDÉRAL INTERNATIONAL	55
A. Repères, positions et comportements des acteurs concernés	56
a. Discours du droit international	56
b. Les positions canadienne et québécoise	58
c. Ce qui se fait.....	63
B. Nouvelle ontologie des sujets internationaux	66
a. Conditions d'existence de l'État	67
b. La souveraineté	74
i. Nature et typologie	75
ii. Porosité de la souveraineté Westphalienne- Vettalienne	79
iii. Dislocation de la souveraineté interne	84
iv. Pluralité de la souveraineté juridique internationale.....	88
C. Fédéralisme international	92

III.	LA PARTICIPATION DU QUÉBEC AU RÉGIME DE PROTECTION DES GRANDS LACS	99
A.	Le régime de protection des grands lacs.....	101
B.	La gestion mixte et le rôle des états fédérés.....	107
	a. Un intérêt d'État ?	109
	b. D'une identité à l'autre.....	116
C.	L'action internationale du Québec en matière de protection des grands lacs	121
	a. Création normative dans les espaces discursifs.....	121
	b. L'aspect identitaire de la participation du Québec.....	131
	CONCLUSION	141
	BIBLIOGRAPHIE	151

RÉSUMÉ

La compréhension du problème de l'exercice de la capacité internationale par les États fédérés nécessite la prise en compte des règles juridiques relatives aux droits constitutionnel et international. Toutefois, ces règles auxquelles réfère le problème de la capacité internationale des États fédérés sont souvent chargées de considérations politiques qui peuvent compliquer l'acquisition d'une connaissance juridique positive du phénomène. C'est pourquoi la compréhension du problème nécessite l'utilisation d'une analyse qui permette à la fois d'intégrer les aspects juridiques international et constitutionnel en plus de rendre compte de l'importante dimension politique.

En tant que théorie interdisciplinaire, pluraliste et interactionnelle, le constructivisme juridique offre une grille d'analyse qui permet d'appréhender globalement le phénomène de la capacité internationale des États fédérés. Ce mémoire analyse donc les différentes questions que soulève l'exercice de la capacité internationale par les États fédérés à la lumière de la théorie juridique constructiviste. Afin d'illustrer concrètement le sujet, ce mémoire porte une attention particulière sur le cas du Québec.

Sur la base du constructivisme juridique, ce mémoire analyse les différentes notions, concepts, discours et pratiques entourant l'exercice de la capacité internationale des États fédérés. Ainsi, il présente une analyse du discours du droit international sur la question et fait état des positions et des pratiques des gouvernements fédéral et québécois en la matière. Il aborde ensuite les questions fondamentales qui conditionnent l'exercice de la capacité internationale en général, soit la notion d'État et le concept de souveraineté. Suivant la manière dont sont appréhendés les phénomènes associés à l'exercice de la capacité internationale, la littérature qui est couverte dans ce mémoire démontre qu'il est possible de concevoir le système international comme une fédération informellement constituée et qui repose sur une division fonctionnelle des tâches.

Enfin, ce mémoire présente une étude de cas qui intègre les différents éléments de la théorie juridique constructiviste et qui s'appuie sur la lecture des notions, concepts, discours et pratiques qui auront été analysés. Le mémoire présente donc la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs comme une illustration des mécanismes par lesquels la province forme et consolide différents aspects de son identité, dont notamment son identité internationale.

Mots-clés : Canada, Québec, Fédéralisme, Capacité internationale, Régime de protection des Grands Lacs.

Constructivisme et capacité internationale des États fédérés : L'exemple de la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs

INTRODUCTION

Le 28 juin 2005, le premier ministre du Québec, Jean Charest, se rendait sur la colline parlementaire à Québec afin de signer une entente avec son homologue vietnamien, le premier ministre Phan Văn Khải. Cette entente faisait suite à un moratoire sur l'adoption d'enfants décrété par le gouvernement du Viêt Nam le 2 janvier 2003¹. En effet, depuis un moment, le gouvernement vietnamien avait constaté des abus dans son système d'adoption et voulait y remédier². Après révision de ses mécanismes et procédures internes, et afin de se conformer à la *Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*³, le Viêt Nam avait entrepris de signer des ententes bilatérales avec les États désireux de permettre à leurs citoyens d'adopter de petits vietnamiens.

Pour l'occasion, « un groupe de familles québécoises s'est rendu à Québec rencontrer la délégation vietnamienne afin de lui présenter leurs enfants adoptés au Vietnam: des enfants magnifiques, débordants de vie et de santé, que le premier ministre du Vietnam a pris dans ses bras, leur serrant les joues avec beaucoup d'affection⁴. »

¹ Secrétariat à l'adoption internationale, Ministère de la santé et des services sociaux, Communiqué, *Nouvelles procédures au Viêt Nam*, (15 avril 2004). Site du Secrétariat à l'adoption internationale, en ligne : <http://www.adoption.gouv.qc.ca/site/aid=215.phtml>

² Voir par exemple World Briefing, *Vietnam: Premier Wants Tighter Adoption Rules*, The New York Times, (9 avril 2002). Site du journal New York Times, en ligne: http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9F0CE4DE103DF93AA35757C0A9649C8B63&part=1&sec=1&st=&ft=&l=&_r=1&emc=rss

³ *Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, 1870 R.T.N.U 167 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1995).

⁴ Ce passage et le reste de cette histoire du 28 juin 2005 a été rapporté par la pédopsychiatre Nicole Nadeau, *Adoption au Vietnam : Les parents québécois sont traités injustement*, Le Devoir, (15 juillet 2005). Site du journal Le Devoir, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2005/07/15/86168.html>.

Cet heureux moment fut pourtant de courte durée.

En effet, alors que les familles attendaient le résultat final de la rencontre entre les deux parties, des journalistes leurs annoncèrent que le premier ministre du Québec avait refusé de signer l'entente puisque le gouvernement fédéral avait imposé des changements de dernière minute.

De quels changements était-il question ? Selon l'éditorialiste André Pratte, il s'agissait « de "gossage", de "taponnage", de "tataouinage" de fonctionnaires fédéraux⁵. » Selon lui, les juristes fédéraux tenaient à ce que le texte n'emploie pas la forme des textes ayant une portée en droit international, comme celui que le Canada avait signé avec le Viêt Nam peu de temps avant et qui reconnaît expressément, dans le préambule, qu'au Canada, l'adoption est de compétence provinciale⁶.

Ainsi, les juristes fédéraux tenaient, par exemple, à ce que le mot "article", qui coiffe les différentes parties du texte, soit remplacé par le mot "paragraphe" et que le mot "partie" devait être changé par le mot "participant". Suivant une même logique, soit celle d'éviter de donner un caractère trop "juridique" à l'entente, les juristes fédéraux voulaient que le texte soit rédigé au futur simple plutôt qu'à l'indicatif présent.

Cette petite anecdote n'a pourtant rien d'exceptionnel. Elle n'est qu'une nouvelle péripétie de la longue saga opposant les gouvernements fédéral et québécois sur la

⁵ André Pratte, *Du "gossage" fédéral*, La Presse, 6 juillet 2005. Notons toutefois que l'éditorialiste, dans son papier, estime que c'est un fait que le gouvernement du Québec ne peut pas signer de traité, même s'il reconnaît du même souffle que ce même gouvernement a signé de nombreuses ententes avec des gouvernements étrangers dont la portée juridique n'a jamais été mise en doute.

⁶ *Accord de coopération en matière d'adoption entre le Canada et la République socialiste du Vietnam*, 27 juin 2005 R.T. Can. 2005 no. 4 (en vigueur : 15 décembre 2005), Site du ministère des affaires étrangères et du commerce international, en ligne : http://www.treaty-accord.gc.ca/ViewTreaty.asp?Language=1&Treaty_ID=105038 De la même façon, le gouvernement fédéral reconnaît expressément, à l'article 2(b), que toute référence à la loi du Canada s'entend de la loi en vigueur de la province.

question de la capacité des provinces à signer et ratifier des ententes internationales lorsque la matière faisant l'objet de telles ententes tombe dans le champ de compétence provincial. C'est précisément de cette question dont nous allons traiter dans le présent mémoire.

Évidemment, au Québec, la question de la capacité internationale de la province a souvent retenu l'attention et la littérature sur le sujet est relativement abondante⁷. Néanmoins, cette question fait toujours l'objet d'un contentieux et de débats importants au Canada entre les différents ordres de gouvernement. D'ailleurs, les tribunaux canadiens n'ont pas, à ce jour, offert de réponse claire à la question. Et la situation n'est peut-être pas prête de changer.

En fait, la nature même de la question de la capacité internationale des États fédérés explique en grande partie son intérêt et, en même temps, pourquoi elle n'est toujours pas résolue. Les différentes dimensions du problème laissent en effet entrevoir toutes les difficultés que pose son analyse.

D'abord, il faut souligner la position particulière qu'occupe la notion de capacité internationale des États fédérés dans les grands ordres juridiques. Comme la formulation de cette notion le laisse entendre, la capacité internationale des États fédérés comporte, à sa face même, un double aspect : l'un est constitutionnel et l'autre est international. En ce qui concerne le premier, il est en effet évident que, parlant du pouvoir des États fédérés, on fait référence au régime constitutionnel d'un État fédéral. Le second aspect,

⁷ D'ailleurs, il n'est pas surprenant de noter que cette question a fait couler beaucoup d'encre au Québec. Voir par exemple Brossard, Jacques, Patry, André & Weiser, Élysabeth, éd., *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 463, 1967 ; Lorne Giroux, « La capacité internationale des provinces en droit constitutionnel canadien » (1967-1968) 9 C. de D. 241 ; Jacques-Yvan, Morin, « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé » (1965) 3 Can. Y.B. Int'l Law 127 ; Daniel Turp, « La doctrine Gérin-Lajoie et l'émergence d'un droit québécois des relations internationales » dans Stéphane Paquin, dir., *Les relations internationales du Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005)*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006. ; Jean-Yves Grenon, « De la conclusion des traités et de leur mise en oeuvre au Canada » (1962) 40 Can. Bar Rev. 151.

international celui-là, est tout aussi évident et est aujourd'hui présenté comme ayant une importance accrue. L'intérêt que suscite l'étude des impacts de la mondialisation explique largement l'importance actuelle de cette dimension du problème.

Ensuite, il faut reconnaître une dimension politique importante à l'étude du phénomène de la capacité internationale des États fédérés. Au premier chef, il y a là un enjeu identitaire fondamental pour les ordres de gouvernements fédéral et québécois. En effet, il est assez évident que, pour ces deux ordres de gouvernement, la question même de savoir qui possède la capacité internationale est en soi un enjeu identitaire déterminant. Si l'on ajoute à cela l'enjeu sous-jacent aux matières qui font l'objet des traités, comme dans notre exemple l'adoption et la protection des enfants, nous saisissons rapidement l'importance que peut acquérir la signature d'une entente pour les deux ordres de gouvernement.

Ceci nous amène à constater un second axe sur le plan politique : l'importance de la mainmise sur la politique étrangère et sur les relations internationales. Par exemple, le contrôle des agendas politiques, le prestige associé aux relations internationales, les privilèges dont jouissent les représentants d'un État à l'étranger et la protection des intérêts nationaux sont tous des composantes de cet autre axe politique intimement lié à la question de la capacité internationale avec lequel nous devons composer.

Eu égard à ce qui précède, il est évident que, pour embrasser et saisir correctement notre sujet, il faut aborder les questions juridiques par la lorgnette des ordres international et constitutionnel tout en étant soucieux d'intégrer les dimensions politiques du problème à l'analyse. C'est là l'objectif que nous poursuivrons tout au long de ce mémoire. Comment comptons-nous y arriver ?

Premièrement, il faudra élaborer un cadre théorique qui tiendra compte des composantes juridiques constitutionnelle et internationale et qui intègre à l'analyse la dimension politique que sous-tend l'exercice de la capacité internationale dans le cadre d'une

fédération. Cette discussion sera aussi l'occasion d'aborder les théories du droit qui conviennent le mieux au type d'analyse que nous souhaitons mener.

À la lumière de ce cadre théorique, nous aborderons en deuxième lieu l'étude de la question de la capacité internationale suivant les principes juridiques qui conditionnent son existence ou qui lui sont associés. C'est ici que nous traiterons du discours du droit international ainsi que des positions constitutionnelles des gouvernements fédéral et québécois sur la question. Après cette présentation, nous attaquerons franchement l'étude des concepts qui déterminent l'existence même de l'exercice de la capacité internationale, à savoir la notion d'État et le concept de souveraineté. Nous compléterons cette partie par quelques commentaires sur l'ordre juridique dans lequel naissent, vivent et meurent les sujets du droit international.

Enfin, notre mémoire serait incomplet sans la présentation d'une étude de cas qui serait de nature à illustrer notre propos. Pour ce faire, nous analyserons un exemple récent de participation du Québec à la construction d'un régime international, soit le régime de protection des Grands Lacs. Quelques commentaires théoriques viendront enrichir cette présentation afin de rendre, espérons-nous, notre propos plus explicite et notre modèle théorique plus opératoire.

I. CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES

A. Les approches *internationaliste* et *constitutionnelle* au problème de la capacité internationale des États fédérés : les deux visages de Janus

En 1998, le professeur Bradley suscita un important débat aux allures de polémique dans la communauté juridique états-uniennes. Encore aujourd'hui, la publication de son article audacieux concernant le pouvoir législatif du congrès américain de mettre en œuvre les traités internationaux dans les champs de compétence des États⁸, continue de diviser les milieux politiques et académiques quant à la juste conception du fédéralisme américain à l'intérieur du système international en construction⁹.

D'ailleurs, tout de suite après la publication de son article, Bradley se mérita une assommante réponse de plus de deux cents pages du professeur Golove qui cherchait à démontrer que les arguments avancés par son confrère étaient contraires aux fondements historiques de la constitution américaine¹⁰. La réplique de Bradley fut cinglante : quelques dizaines de pages dans lesquelles, sans avancer d'arguments nouveaux, le professeur s'emploie à prouver que la thèse de son collègue se fonde sur « a false assumption about the views of other foreign affairs scholars and [...] lack any meaningful content » et que sa présentation historique « is both methodologically inconsistent and tendencious¹¹. ».

⁸ Curtis A. Bradley, « Treaty Power and American Federalism » (1998) 97 Mich. L. Rev. 390. [Bradley, Treaty-Power]

⁹ Voir notamment Katrina L. Fischer, « Harnessing the Treaty Power in Support of Environmental Regulation of Activities That Don't Substantially Affect Interstate Commerce: Recognizing the Realities of the New Federalism » (2004) 22 Va. Envtl. L.J. 167 (l'auteure plaide pour un critère de « connexion visible et apparente » pour justifier la compétence du fédéral sur l'objet du traité relativement à sa compétence constitutionnelle en matière de commerce interétatique) *contra* Edward T. Swaine, « Does Federalism Constraint the Treaty Power » (2003) 103 Colum. L. Rev. 403 (l'auteur réaffirme la pertinence de la lecture contemporaine de la Cour suprême des États-Unis concernant la supériorité du pouvoir fédéral en matière de relations internationales dans le contexte de mondialisation, puisque les mécanismes constitutionnels à la disposition des États leur offrent des garanties suffisantes en ce qui a trait au respect de leurs champs de compétence.)

¹⁰ David M. Golove, « Treaty-Making and the Nation: The Historical Foundations of the Nationalist Conception of the Treaty Power » (2000) 98 Mich. L. Rev. 1075.

¹¹ Curtis A. Bradley, « Treaty Power and American Federalism Part II » (2000) 97 Mich. L. Rev. 98 à la page 99.

L'article en question se situe dans le contexte particulier d'une série de décisions de la Cour suprême des États-Unis¹² limitant le pouvoir du Congrès sur les affaires internes tout en préservant les États de l'ingérence du pouvoir législatif fédéral¹³. La substance et la logique de ces décisions sont rapidement apparues être en contradiction avec le principe en droit interne américain selon lequel un traité valide peut être mis en œuvre par le pouvoir législatif fédéral dans les champs de compétence des États¹⁴.

Ce que l'article de Bradley a de si percutant, c'est sans aucun doute l'interprétation constitutionnelle de la mise en œuvre législative des traités qu'il préconise. Celle-ci apparaît manifestement révolutionnaire, voire subversive, aux yeux de nombreux « nationalistes »¹⁵. Pour le professeur, la position canadienne¹⁶ semble nettement plus adaptée à la réalité d'un fédéralisme moderne en constante interaction avec l'ordre juridique international¹⁷.

Or, c'est précisément ce cadre juridique qui a donné au gouvernement du Québec les assises juridiques nécessaires pour conclure que, lorsque l'autorité provinciale « est le seul gouvernement compétent pour tenir un engagement, il est normal que ce soit lui qui le prenne et qu'il conclut l'entente avec l'étranger¹⁸. » C'est sans doute la perspective d'un glissement vers le raisonnement à la base de la doctrine Gérin-Lajoie qui provoque

¹² Voir *New York c. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *United States c. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *Printz c. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

¹³ Bradley, *Treaty-Power*, *supra* note 8, à la page 400.

¹⁴ *Missouri c. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

¹⁵ C'est ainsi qu'il nomme les tenants du pouvoir supérieur du fédéral en matière de mise en œuvre des traités dans les champs de compétence des États. Bradley, *Treaty-Power*, *supra* note 8, à la page 393.

¹⁶ Le pouvoir du fédéral de mettre en œuvre le traité conclu est sujet aux mêmes restrictions que celles prévues dans la séparation des pouvoirs en vertu de la constitution. *Canada (P.G.) v. Ontario (P.G.)*, [1937] A.C. 335. [*Labour Conventions Case*]

¹⁷ Bradley, *Treaty-Power*, *supra* note 8, aux pages 456-457.

¹⁸ Extrait du discours du ministre Gérin-Lajoie devant le corps consulaire de Montréal le 12 avril 1965. En ligne : Site du Ministère des relations internationales du gouvernement du Québec. http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/politique_internationale/fondements/fondements.asp#fondementsjuridiques [Discours de Paul Gérin-Lajoie devant le corps consulaire de Montréal]

chez les « nationalistes » américains des réactions si vives. Pourtant, cette interprétation constitutionnelle est loin de constituer une question de pure procédure interne; elle a évidemment une dimension internationale fondamentale¹⁹.

Sans aller plus loin dans les mésententes de nos voisins, ce débat sur la capacité internationale des États fédérés aux États-Unis est néanmoins très éclairant car il révèle une tendance persistante chez les auteurs. En effet, la question de la capacité internationale des États fédérés est systématiquement traitée d'un point de vue constitutionnel, mais rarement du point de vue international. Ainsi, le pouvoir de signer et ratifier des traités fait l'objet d'une abondante littérature réformiste qui concentre principalement son analyse sur des questions constitutionnelles.

Une telle attitude est aussi décelable dans la plupart des entités composites fédérales, confédérales ou comprenant une organisation supranationale, qui sont sporadiquement confrontées au problème²⁰. Ironiquement, la question des pouvoirs relatifs aux traités internationaux est en grande partie analysée comme un problème de « droit public interne ».

Ainsi, l'ordre juridique international, lorsqu'il est abordé par les constitutionnalistes, est perçu au mieux comme une variable parmi d'autres, au pire comme un irritant avec

¹⁹ Par exemple, pensons seulement aux changements qu'introduirait sur la scène internationale le déploiement d'une diplomatie sensiblement plus active qu'aujourd'hui par un mastodonte économique comme la Californie. À cet égard, Stephen D. Krasner « The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law », (2004) 25 Mich. J. Int'l L. 1075 [Krasner, Hole in the Whole] fait remarquer, à la page 1076 qu'à la fin des années 1990, les revenus du gouvernement Sierra Léonais étaient inférieurs à 10% des revenus de la Ville de Palo Alto, en Californie, qui compte environ 59 000 âmes !

²⁰ Voir par exemple : Richard Dalton et Richard Groom, « The Right to Strike in Australia : International Treaty Obligations and the External Affairs Power » (2000) 1 Melb. J. Int'l L. 167 (Australie); « Restructuring the Modern Treaty Power », Note (2001) 114 Harv. L. Rev. 2478 (États-Unis); Peter E. Hergoz, « Treaty-Making Power of the European Community Thirty Years (Approximately) after the ERTA Case - And Where Does This Leave the United States » (2003) 30 Syracuse J. Int'l L. & Com. 205 (Union Européenne); Paul de La Pradelle, « Educational and Cultural Agreement Ententes : France, Canada and Quebec-Birth of a New Treaty Making Technique for Federal States » (1966) 60 Am. J. Int'l L. 529 (Canada).

lequel il faut composer. Aussi, le débat national reste-t-il encore aujourd'hui concentré, pour ne pas dire obsédé, sur la seule constatation que le champ des relations internationales s'est élargi au point d'embrasser tous les aspects de la vie juridique interne et, par voie de conséquence, les compétences des États fédérés²¹.

Mais cette dichotomie et cette relative ignorance mutuelle entre le droit constitutionnel des fédérations et le droit international ne sont pourtant pas surprenantes. Elles ont été observées depuis un bon moment déjà²². Nous pourrions illustrer cette relation particulière en utilisant l'image antique de Janus, cette divinité mythologique dont les deux visages, pourtant accrochés à la même tête, regardent dans des sens opposés, sans jamais croiser leur regard.

Toutefois, si la doctrine a été particulièrement abondante et féconde sur la question de la capacité internationale des États fédérés d'un point de vue constitutionnel, la littérature francophone et anglo-saxonne qui aborde la problématique d'un point de vue strictement international se résume à peau de chagrin. C'est en premier lieu cette lacune que ce travail se propose de combler.

Cette dichotomie entre le « droit interne » des fédérations et le droit international ne doit cependant pas être comprise comme la simple expression d'un biais professionnel de la part des constitutionnalistes. Cette vision dichotomique est le résultat de deux problématiques liées à l'analyse juridique des relations internationales. La première relève d'une faiblesse du cadre légal qu'a instauré la *Convention de Vienne sur le droit*

²¹ Voir notamment Bradley, Treaty-Power, *supra* note 8, à la page 396. (« While many treaties continue to concern matters traditionally viewed as *inter-national* in nature, numerous others concern matters that in the past countries would have addressed wholly domestically. ») Ceci est particulièrement vrai en matière de droits humains. Voir notamment Louis Henkin, « Human Rights and State « Sovereignty » », (1994) 25 GA. J. Intl. & Comp. L. 31 [Henkin, Human Rights and State Sovereignty] et Peter J. Spiro, « The States and International Human Rights », (1997) 66 Fordham L. Rev 573. Voir aussi John P. Humphrey, « The Revolution in the Law of Human Rights », (1975) 4 Hum Rts. 205 pour les premières observations en cette matière.

²² Ivan Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, Longman, London, 1973 [Ivan Bernier, *International Aspects of Federalism*] (« For the moment, there simply exist a love-hate relationship between the two system [fédéral et international] ») à la page 274.

*des traités*²³. La seconde résulte d'une certaine perspective juridique dogmatique désuète concernant la nature du droit international public. Voyons rapidement de quoi il en retourne.

En ce qui concerne la première problématique, il est, à notre avis, assez évident que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* fait toujours l'objet d'incertitudes et de débats en droit international en ce qui a trait aux sujets auxquels elle s'applique. Nous démontrons tout de suite et sommairement comment cela a pour effet de favoriser un repli vers le confort du droit constitutionnel interne.

Au cœur des débats que suscite la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, se trouve la délicate question de ce que constitue un *État* en droit international²⁴. L'article 6 de cette *Convention* prévoit que « tout État a la capacité de conclure un traité ». Ici comme ailleurs, le paradigme idéal de l'État désignerait uniquement une entité qui jouit de la plénitude des compétences législatives et exécutives sur le territoire et la population qu'elle représente.

Si on acceptait ce point de vue, seuls les États unitaires auraient la capacité de conclure des traités en vertu de cette *Convention* puisqu'ils sont les seuls à posséder de telles compétences plénières et unifiées. Pourtant, personne ne soutient une telle chose. La doctrine considère plutôt que le terme « État » auquel réfère l'article 6 de cette *Convention* couvre un large éventail de sujets du droit international et qu'elle ne distingue pas vraiment les fédérations des États unitaires²⁵. Disons quelques mots de plus pour voir en quoi cela favorise le repli vers le droit constitutionnel interne.

²³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 332 R.T.N.U 1980. [*Convention de Vienne sur le droit des traités*]

²⁴ Cette question sera traitée en profondeur à la partie II. B. a) ci-dessous aux pages 55 à 61.

²⁵ Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, traduit du français par José Mico et Peter Haggenmacher, London, Kegan Paul International, Distribué par J. Wiley & Sons, New York, 1995 à la page 72. [Reuter, Introduction] Il faut cependant noter que la *Convention de Montevideo*, 165 L.N.T.S. 19 [*Convention de Montevideo*] précise que l'État fédéral constitue une seule personne aux yeux du droit international. Ce fait est d'ailleurs corroboré par le rejet de la proposition initiale qui

Tout d'abord, il est important de souligner que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'apporte aucun élément de définition précis au terme État. Cette *Convention* repose donc sur les autres sources du droit pour définir qui sont les sujets auxquels elle s'applique. Or, la notion juridique d'État en droit international public n'est pas d'un grand secours. Ceci pour la simple et bonne raison que cette notion fait toujours l'objet d'incertitudes et de controverses²⁶. D'ailleurs, les critères juridiques formels (population, territoire, gouvernement et capacité d'entrer en relation avec les autres États²⁷) peuvent sans peine être appliqués aux États fédérés et sont encore aujourd'hui largement subsumés par le seul critère arbitraire de la reconnaissance d'un acteur comme État par les autres membres de la communauté internationale²⁸.

Par conséquent, le caractère étatique d'un sujet de droit n'est pas une qualité préconstitutive fondée sur des critères juridiques stricts que doit posséder une entité lorsqu'elle entre en relation avec ses vis-à-vis. La capacité de conclure des ententes internationales serait plutôt fonction d'une reconnaissance par les autres sujets du droit international. En somme, l'article 6 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui ne définit pas qui est son sujet principal, et le reste du droit international n'ajoutent que fort peu à la résolution de la question de la capacité internationale des États fédérés.

visait à conférer le pouvoir aux États fédérés en autant que leur constitution leur donne un tel pouvoir voir *infra* note 21. Pourtant, selon Reuter, les États fédérés seraient d'ailleurs généralement reconnus comme des parties ayant la capacité aux fins de la *Convention*. ("Such entities [les États fédérés] were to be taken into account only inasmuch as they were recognized by them, as indeed was actually the case.").

²⁶ Voir par exemple, Thomas D. Grant, « Defining Statehood : The Montevideo Convention and its Discontents » (1999) 37 Colum. J. Transnat'l L. 403. [Thomas D. Grant, Defining Statehood] (L'auteur explique que la notion désuète d'État de la *Convention de Montevideo*, *ibid*, n'est pas appliquée strictement dans les faits et que la coutume internationale fait bien souvent abstraction des quatre critères qu'elle suppose.)

²⁷ *Convention de Montevideo*, *supra* note 25, art. 1.

²⁸ Ces questions feront l'objet d'une discussion détaillée à la partie II B a) ci-dessous aux pages 55 à 61.

À cela s'ajoute le fait que l'article 6 de cette *Convention* vise simplement à énoncer à qui il s'applique. Il ne vise nullement à établir une liste exhaustive des entités pouvant conclure des traités en droit international. À cet effet, l'article 3a) précise que les règles édictées par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne portent pas atteinte à la valeur juridique de tout autre accord international conclu entre des États et d'autres sujets de droit international, ni entre ces autres sujets du droit international entre eux.

Dans le même ordre d'idée, la *Convention sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* de 1986²⁹ démontre clairement que les États ne sont pas les seuls sujets du droit international à pouvoir être parties à des traités.

À la lumière de ces deux points – soit que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'établit pas clairement à qui elle s'applique et qu'elle n'exclut pas la possibilité que des acteurs non visés par elle puissent conclure valablement des traités en droit international – il est plus facile de comprendre pourquoi il est tentant pour les juristes de se tourner vers des règles qui paraissent plus efficaces, soit celles constituant l'entité politique en tant qu'État : les règles constitutionnelles.

Ainsi, le droit constitutionnel interne des États fédéraux, même s'il n'est pas reconnu formellement par le droit international classique comme source de droit, est néanmoins un élément important dans la détermination des acteurs avec lesquels il est possible d'entrer en relation³⁰. De ce point de vue, le droit constitutionnel interne peut donc parfois offrir la marque d'une existence à l'entité abstraite qu'est l'État.

²⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales et entre les organisations internationales*, 21 mars 1986, Doc. Off. AG NU, 40^{ième} sess. Doc. A/Rés.129/15, 1986. [Convention de Vienne entre États et organisations internationales]

³⁰ La première version de l'article 6 (5(2)) dans le projet de convention prévoyait d'ailleurs que les États fédérés possèdent la capacité internationale seulement si leurs constitutions leur accordent ce pouvoir. À la demande du Canada pour un vote séparé, le paragraphe en question fut rejeté par 66 voix contre 28 avec 13 abstentions. Voir Doc.off. CDI, Drafting Committee's report, *Canada : demande de vote séparé*, 7^{ième} sess., Doc. NU A/CONF.39/13, (1966) [plénière]. Dans le même sens,

Ceci nous amène donc à la deuxième raison expliquant la vision dichotomique droit constitutionnel/droit international dans l'appréhension des problèmes soulevés par l'analyse de la capacité internationale des États fédérés. La nature même du droit international, sa hiérarchie incertaine et la difficile justiciabilité de ses normes font en sorte que le monde juridique et la classe politique, deux endroits où les relations internationales prennent une place de plus en plus importante, préfèrent naturellement se tourner vers un environnement juridique mieux connu et souvent plus certain.

En effet, on semble souvent croire qu'il est préférable de clarifier le droit constitutionnel interne de façon à ce que les règles gouvernant les relations internationales futures d'une fédération soient solidement établies. Ceci, probablement en raison du fait que le droit international, à l'instar de la notion d'État, est encore aujourd'hui souvent perçu comme « un droit politique dont l'application des règles implique des décisions à caractère politique³¹. »

Pourtant, le critère du « caractère politique » du droit international n'est pas une réponse en soi. La même remarque pourrait être faite à l'égard des débats politiques au sein des fédérations³². D'ailleurs, nous convenons d'emblée que tout droit est politique³³. Le

Yvan Bernier notait qu'en matière de personnalité juridique, le contenu de la constitution reste un critère incontournable. (« If the federal constitution grants them (les États fédérés) the right to deal separately with foreign states and such states agree to deal with them, then they are subjects of international law. » Ivan Bernier, *International Aspects of Federalism*, *supra* note 22 à la page 82. Notons enfin que la *Convention* prévoit elle-même qu'un cocontractant ne peut invoquer une violation « manifeste » ayant une « importance fondamentale » dans son droit interne pour se dégager de l'obligation contractée, *Convention*, *supra* note 23, art. 46. Cela s'explique sans doute par la fonction réellement *constitutive* des constitutions.

³¹ Claude Emanuelli, *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2^{ième} éd., Ottawa, La collection bleue, 2004 [Claude Emanuelli, *Droit international public*] à la page 16.

³² *Ibid.*, à la page 17.

³³ D'ailleurs, le droit n'est-il pas l'expression de la politique en ce qu'elle a de plus stable? Voir Louis-Philippe Pigeons *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Québec éditeur officiel, 1978 à la page 2.

critère qui distingue l'ordre constitutionnel interne des fédérations et l'ordre international est autre chose que la nature « politique » de ce dernier.

Pour certains, il est possible de distinguer ces deux ordres normatifs par leurs niveaux de précision et de détermination, leur densité d'encadrement ou la nature de l'équilibrage des forces maintenues par la diversité des acteurs en présence. Ces distinctions fonctionnelles entre l'ordre constitutionnel interne et l'ordre juridique international sont, pour plusieurs, le résultat d'une vision particulière des relations internationales au centre de laquelle les États occupent une place prépondérante. Précisons donc cette perspective à la lumière des commentaires de la doctrine³⁴.

À ce sujet, le professeur Laurence R. Helfer explique que l'« [a]narchy –ou plutôt la présomption que l'ordre juridique international est un environnement anarchique- is the principal reason why robust international institutions and governance structures have been slow to develop³⁵. » Selon l'auteur, l'une des principales raisons de cette vision de l'ordre juridique international est l'absence de branches législatives, exécutives et judiciaires à compétence exclusive et ayant vocation universelle. Même les organes qui s'apparentent le plus à ces organes politiques (Cour internationale de justice, Assemblée générale, Conseil de sécurité) ont une compétence très limitée par rapport aux entités similaires que l'on retrouve dans l'ordre juridique interne.

D'autre part, note Helfer, le droit constitutionnel des fédérations comprend généralement une panoplie d'organes de surveillance et de contrôle souvent très efficaces qui protègent les sujets de droit contre l'arbitraire des décisions. Du point de vue juridictionnel, Helfer remarque enfin qu'en droit interne, les compétences des acteurs institutionnels sont clairement définies et reposent principalement sur une division fonctionnelle des tâches.

³⁴ Les commentaires qui suivent sont tirés de Laurence R. Helfer « Constitutional Analogies in the International Legal System » (2003) 37 *Loy. L. A. L. Rev.* 193. [Helfer, Constitutionnal and International] aux pages 205 à 215.

³⁵ *Ibid*, à la page 206.

Au contraire, selon le professeur, l'ordre juridique international se caractérise par un niveau d'indétermination élevé en regard de la répartition des compétences et des pouvoirs entre les acteurs institutionnels, notamment quant à la question même de savoir qui peut être l'arbitre ultime des multiples questions de compétence. Enfin, ces différents problèmes de détermination et d'encadrement sont exacerbés, toujours selon le professeur Helfer, par la difficulté de préciser les normes hiérarchiquement supérieures (notamment celles faisant partie du *jus cogens*) d'une part, et de sanctionner leurs violations d'autre part³⁶.

Tout ceci confirme et explique en grande partie pourquoi la littérature juridique concernant la capacité internationale des États fédérés s'intéresse plus particulièrement à ces manifestations en droit constitutionnel. Le système juridique international étant bien souvent perçu comme un objet juridique difficilement saisissable³⁷, il est compréhensible que les juristes aient d'emblée le réflexe de se tourner vers un ordre juridique familial et relativement stable, faute de cadre méthodologique plus approprié.

Ces arguments ne devraient pourtant pas nous décourager et passer sous silence un paradoxe étonnant à la base des analyses constitutionnelles concernant la capacité internationale des États fédérés. En tant qu'expression juridique des relations

³⁶ *Ibid* aux pages 213 à 214 où Helfer note à la page 214 que « [i]n theory, the existence of *jus cogens* provides a basis for a normative ordering of the international legal system. In practice, only a very narrow list of rules has thus far achieved this elevated statute. » Concernant la question des supposées faiblesses des sanctions en droit international voir généralement Abram Chayes et Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, University Press, 1995 [Chayes et Chayes, *New Sovereignty*].

³⁷ Entre les propositions voulant soit, que le droit international n'existe pas, (V.L. Focsaneanu « Esquisse d'un droit international sans obligation ni sanction : un essai de droit des gens phénoménologiques » (1977) VIII *E.I.* 447), soit qu'il est un ordre juridique primitif et inachevé, (Hans Kelsen, « The Essence of International Law », dans K. Deutsch et S. Hoffman (dir.), *The Relevance of International Law*, Garden City, Doubleday & Co. Inc., 1971 [Kelsen, *Essence of International Law*]), ou que le système international est différent de l'ordre juridique interne et qu'il ne peut donc être comparé avec celui-ci, (M. Virally « The Nature of International Law » (1962) 14 *U. of T.L.J.* 176), il est en effet difficile d'entreprendre une étude de celui-ci avec une méthodologie inspirée de celle utilisée en droit interne. Tel que cité et discuté dans Claude Emanuelli, *Droit international public*, *supra* note 31 aux pages 9 à 12.

internationales, le droit des traités devrait être analysé au plan international, plutôt que de se limiter au plan national.

En fait, dans le contexte de fédérations, il serait probablement même mieux de cesser d'examiner cette question comme en étant une à étudier alternativement sous l'angle constitutionnel et sous l'angle international. Son étude devrait plutôt être abordée de manière intégrée³⁸.

Il serait en effet préférable de se sortir de la logique voulant que l'étude de la capacité internationale des États fédérés fasse l'objet d'une division du travail : les constitutionnalistes s'intéressant aux règles constitutionnelles « internes » quant aux pouvoirs de conclure des traités, alors que les internationalistes, eux, se préoccupent surtout des traités une fois qu'ils sont conclus.

Cette attitude ne favorise évidemment pas une analyse intégrée de la question et ne permet pas une compréhension globale du problème³⁹. Au contraire, elle confronte le juriste à résoudre le problème inextricable de savoir lequel des deux cadres méthodologiques devrait être adopté. Comme il a été démontré, l'un et l'autre ont leurs désavantages et leurs limites, chacun n'offrant qu'une réponse partielle à la question.

Pourtant, il n'est pas interdit de s'imaginer un droit international intéressé à la composition de régimes d'ensembles politiques fédéraux, confédéraux ou supranationaux. En effet, à gauche comme à droite, on voit apparaître une tendance soutenant que le système international évolue lentement vers un régime international

³⁸ Emanuelli précise d'ailleurs que « le droit international public présente certaines analogies évidentes avec le droit constitutionnel à l'intérieur d'une fédération comme le Canada, » Claude Emanuelli, *Droit international public*, *supra* note 31, à la page 17.

³⁹ Cette image de l'État vers laquelle tendent certains internationalistes reflète probablement autre chose : ces internationalistes, malgré l'impact des droits de l'Homme en droit international au 20^{ième} siècle, considèrent trop souvent encore l'État comme une boîte noire ; ils s'en remettent au droit public « interne » pour sa composition dès lors que l'existence de ce dernier est constatée. Voir notamment Henkin, *Human Rights and State Sovereignty*, *supra* note 21.

rendant de plus en plus désuète la perspective cloisonnée de la notion d'État⁴⁰. D'ailleurs, le développement d'un « constitutionnalisme international » - pensons à la constitutionnalisation des régimes comme l'OMC- s'intéresse déjà à ces questions⁴¹. C'est là une première possibilité de rapprochement entre internationalistes et constitutionnalistes.

L'analyse intégrée que nous proposons ne vise cependant pas à faire complètement abstraction de certains présupposés toujours très vivants dans le discours du droit international. Ainsi, nous ne remettons pas totalement en question l'idée d'État conçu comme une « boîte noire »⁴². Toutefois, nous tenons à mettre en lumière que la notion d'État, dans un monde d'interdépendance, se doit d'inclure des entités qui ne sont pas absolument souveraines. D'ailleurs, tant les publicistes plus anciens⁴³, les auteurs

⁴⁰ Voir par exemple John O. McGinnis, « The Decline of the Western Nation State and the Rise of the Regime of International Federalism » (1996) 18 Cardozo L. Rev. 903 (L'auteur explique que la perte de contrôle des États sur leurs leviers économiques, et la fin de la guerre comme moyen de règlement des conflits, s'apparent aux conditions d'apparition du régime fédéral américain.) et Nicholas Onuf, « The Constitution of International Society » (1994) 5 Eur. J. Int'l L. 1 [Onuf, Constitution International Society] (L'auteur décrit la construction graduelle du régime international par l'interaction normative et politique grandissante entre les acteurs.). Voir également Kenneth W. Abbott, « Economic Issue and Political Participation: The Evolving Boundaries of International Federalism » (1996) 18 Cardozo L. Rev. 971 [Abbott, Evolving Boundaries of International Federalism] et Delbrück, Jost, « Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State » (2004) 11 Ind. J. Global Legal Stud. 31 [Delbrück, Transnational Federalism]. Nous reviendrons aussi de façon plus approfondie sur cette question ci-après dans la partie III. C.

⁴¹ Voir notamment Deborah Z. Cass, « The Constitutionalization of International Trade Law : Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade » (2001) 12 Eur. J. Int'l L. 39.

⁴² Cette idée de boîte noire telle que nous la concevons découle largement de la conception réaliste des relations internationales selon laquelle l'État constitue une entité homogène et opaque à l'intérieur de laquelle il n'est pas possible de s'ingérer. Dans une large mesure, cette idée de boîte noire a longtemps empêché le droit international de s'intéresser aux individus ainsi qu'aux organes et exécutants de l'État. Comme nous le verrons plus loin, il est également possible d'aborder cette notion par le concept de souveraineté négative. Voir à cet effet Paul Kahn, *The Question of Sovereignty*, *infra* note 298.

⁴³ Voir par exemple Hersch Lauterpacht, *International law : being the collected papers of Hersch Lauterpacht / systematically arranged and edited by Elihu Lauterpacht.*, vol. 1, (The General Work) Cambridge, Cambridge University Press, 1970 (« to say that the State –and State only- is the subject of international duties is to say that international duties bind no one; it is to interpose a screen of irresponsibility between the rule of international law and the agency expected to give effect to it. » tel

récents⁴⁴ et la jurisprudence internationale⁴⁵ remettent eux-mêmes en cause ce principe censé assurer la primauté des États comme sujet structurant du droit international.

Toutefois, l'analyse intégrée que nous proposons ne saurait être possible dans le cadre d'une approche juridique simplement positiviste. Une approche plus souple, fonctionnelle et peut-être même originale doit nous guider dans la résolution de la problématique de la capacité internationale des États fédérés.

Quelles conclusions tirées de notre discussion peuvent nous aider à entamer notre réflexion sur la méthodologie appropriée devant nous permettre de répondre correctement à notre problématique ?

D'abord, nous avons vu que la qualité de participant en droit international public est une question largement indéterminée sur le plan juridique formel. Comme nous le verrons de façon approfondie dans la partie II B a) de notre réflexion, il n'y a pas, à proprement parler, de définition stricte d'État en droit international, mais plutôt un critère de reconnaissance mutuelle.

Pour sa part, le droit constitutionnel ne joue pas un rôle déterminant dans la capacité internationale de conclure des ententes. La dogmatique constitutionnelle est au contraire mise de côté au profit de la confiance mutuelle qui s'exprime à travers l'obligation de

que cité dans Ward Ferdinandusse, « Out of the Black Box ? The International Obligations of State Organs » (2003) 29 Brook. J. Int'l L. 53 [Ward, Out of the Black Box], à la note 24.

⁴⁴ *Ibid*, Ward, Out of the Black Box.

⁴⁵ Voir par exemple Affaire *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis*) [2000] C.I.J. rec. 104. où la Cour internationale de justice (CIJ) a « ouvert la boîte noire » en rejetant l'argument des États-Unis. Le gouvernement fédéral soutenait en effet que la division des pouvoirs internes faisait en sorte qu'il n'était pas en mesure de forcer le gouverneur de l'Arizona à surseoir à l'exécution de *LaGrand*. La CIJ a rejeté cet argument en visant directement les agissements du gouverneur, tant dans sa décision sur les mesures conservatoires que sur le fond. Voir notamment le paragraphe 115 de la décision au fond. Nous reviendrons plus en détail dans la partie II B b. ii ci-dessous aux pages 64 à 69.

bonne foi devant guider la conclusion des traités et le développement de la normativité internationale⁴⁶.

Dans cet ordre d'idée, il est d'ailleurs important de rappeler que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne prévoit aucun mécanisme de sanction obligatoire et autonome pour la violation d'une obligation contractée. Les seules conséquences prévues pour une violation se définissent sur un mode facultatif. Le ou les États *peuvent* recourir aux mesures prévues, mais n'ont aucune obligation à cet effet⁴⁷. Au terme de l'article 60(2)a), la sanction ultime est la disparition de l'obligation par la volonté des États parties⁴⁸.

En somme, tout le développement de la normativité interétatique par le biais d'ententes internationales repose (1) sur les rapports mutuels entre les acteurs (dont le statut est par ailleurs largement indéterminé sur le plan formel) et (2) en vertu du degré de confiance que ces mêmes acteurs mettent dans le corpus juridique qu'ils ont créé.

C'est pourquoi nous croyons juste de parler de *normativité interactionnelle créative*, par opposition à une approche normative, calquée sur la dogmatique constitutionnelle formaliste⁴⁹.

⁴⁶ Reuter, Introduction, *supra* note 25 à la page 19.

⁴⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 23, art. 60.

⁴⁸ Concernant les autres sanctions possibles dans le cas d'une violation d'une obligation créée par traité, il est important de souligner que « [t]he idea of providing exhaustively, in a single convention on the law of treaties, for all consequences of a breach of treaty obligations was never envisaged by the authors of the codification, nor has it been advocated by subsequent commentators. » (Reuter, Introduction, *supra* note 25, à la page 193) Reuter précise que la raison se trouve dans la conception parallèle que l'on se fait de la responsabilité de l'État. Ainsi, l'absence de sanction à l'intérieur de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'exclut aucunement la possibilité d'enclencher la responsabilité d'un État, fédéré ou non, pour la violation d'une obligation.

⁴⁹ Par formalisme constitutionnel, nous entendons cette approche juridique qui estime que les règles du droit constitutionnel, telles qu'elles se trouvent dans les sources classiques du droit, sont relativement statiques et peu (voire pas du tout) sujettes au changement. Dans le cadre de cette approche, le comportement des acteurs n'a peu ou pas d'effet sur le contenu des règles qui sont prédéterminées. Au contraire, notre approche interactionnelle créative suppose que les règles du droit constitutionnel évoluent et changent en fonction du comportement des acteurs. Dans cette optique, les règles formelles, telles qu'inscrites dans les sources classiques du droit, sont simplement pertinentes

Ainsi, nous pensons que tant l'utilisation exclusive d'une perspective constitutionnelle formaliste ou d'approches qui se limiteraient à analyser les règles positives du droit international public ne permettent pas une compréhension globale et intégrée de la question de la capacité des États fédérés à conclure des ententes internationales⁵⁰.

Pourtant, ce rejet des repères méthodologiques plus traditionnels ne nous laisse pas sans repère théorique. En effet, le traité étant une des matérialisations juridiques principales des relations internationales, il est raisonnable d'avancer qu'il serait intéressant de nous tourner vers les différentes théories sur ce sujet aux fins de notre analyse.

En effet, si nous tenons à appréhender la question d'une façon intégrée et affranchie de la dogmatique constitutionnelle formaliste, nous devons éviter d'adopter une méthodologie juridique formaliste et dichotomique. Comme nous l'avons vu, ceci est rendu nécessaire pour deux raisons essentielles. D'une part, en raison de l'importance qu'a la dimension politique à la base de la reconnaissance d'État et de la structuration des relations internationales. D'autre part, pour qu'un regard neuf soit jeté sur la question de la capacité internationale des États fédérés.

Pour ce faire, nous proposons de dépasser une autre manifestation (académique celle-là) de Janus. Celle-ci a trait à l'ignorance mutuelle qui existe (ou existait !) entre les juristes intéressés aux affaires internationales et les théoriciens des relations internationales. Cette ignorance a longtemps empêché les juristes de faire une incursion dans les champs

dans la mesure où elles servent de principes structurant qui orientent les actions en fonction de valeurs mutuellement partagées. Nous expliquerons en détail ci-dessous, aux pages 31 à 42 notre position à cet égard.

⁵⁰ Il est d'ailleurs permis d'opiner que c'est justement l'utilisation de ce cadre théorique qui a fait naître la vision dichotomique droit interne/droit international dans le traitement de la question de la capacité internationale des États fédérés.

d'études traditionnellement réservés aux politologues⁵¹. Pourtant, les théories des relations internationales offrent aujourd'hui un champ fécond pour une analyse non seulement politique, mais également juridique des relations internationales.

B. Perspectives nouvelles : les théories des relations internationales à la rescousse

Supposons un instant un jeune étudiant recevant ses premières leçons de droit international sans jamais avoir pris connaissance du discours que tient la science politique sur les relations internationales. Celui-ci se trouverait rapidement confronté à une difficulté qui rendrait sûrement plus ardue sa compréhension de la matière. En effet, celui-ci se retrouverait devant une série de principes, souvent cardinaux, qui sont perçus comme étant impunément violés. Contrairement à la conception du droit interne que ses professeurs lui ont inculquée, l'étudiant observerait un ou des ordres juridiques qui apparaîtraient être dysfonctionnels et peu opératoires, tant sur le plan théorique que pratique.

Ainsi, notre étudiant serait estomaqué de voir que sur le plan international, bien souvent, les États semblent agir à l'encontre de règles relativement claires et possibles à appliquer et qu'ils sont de plus en mesure de défendre leurs positions et d'échapper à toutes formes de sanctions efficaces. Pour toutes réponses, on lui dira souvent que le droit international a cette caractéristique particulière d'être subordonné à la volonté des sujets qu'il reconnaît, contrairement aux ordres juridiques constitutionnels internes qui obéissent à une logique inverse. On lui expliquerait ensuite que la raison d'être de cette particularité se trouve dans la structure horizontale des rapports internationaux sur la base desquels se développe le droit international⁵². Enfin, on lui dirait qu'au cœur de cette distinction entre l'ordre juridique interne et international, se trouve la grande

⁵¹ Stephen J. Toope, *Emerging Patterns of Governance and International Law*, dans Michael Byers (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000 [Toope, *Emerging Patterns*] aux pages 91-92.

⁵² Pour une réflexion en profondeur sur cette question, voir Helfer, *Constitutional and International*, *supra* note 34 aux pages 205 à 220.

question de l'efficacité du droit international et de son respect par les États qui lui sont soumis⁵³.

Pourtant, cette question est probablement moins importante qu'elle n'y paraît. En fait, si notre jeune étudiant avait été introduit aux discours de la science politique sur les théories des relations internationales, il verrait peut-être qu'il n'existe seulement qu'un problème *apparent* à propos de cette question. En effet, malgré les violations importantes du droit international dont font notamment écho les médias, la plupart des normes coutumières et celles contenues dans les traités sont régulièrement respectées⁵⁴. Ainsi, notre étudiant comprendrait que le problème *apparent* vient sûrement d'ailleurs.

Il comprendrait en effet que le problème *apparent* ne découle pas du niveau de conformité des États envers leurs obligations internationales, mais plutôt de la façon dont plusieurs *supposent* que les États agissent à l'égard de leurs obligations internationales. Au cœur de cette conception, se trouve la tradition d'analyse classique des relations internationales en sciences politiques qui postule que l'État est un acteur rationnel qui agit en fonction d'intérêts qui lui sont propres conformément à une identité originale, et ce, dans le cadre d'un environnement anarchique⁵⁵.

⁵³ L'un des ouvrages fondateurs qui a abordé cette question directement d'une façon nouvelle et qui a ainsi ouvert la porte à la littérature dont nous nous servons est très probablement celui des professeurs Chayes et Chayes, *New Sovereignty*, *supra* note 36.

⁵⁴ A cet effet, Chayes et Chayes, *New Sovereignty*, *ibid*, font remarquer en introduction aux pages 2 et 3: « By contrast [au modèle réaliste de l'acteur rationnel, dont nous parlerons tout de suite], foreign policy practitioners operate on the assumption of a general propensity of states to comply with international obligations. Foreign ministers, diplomats, and government leaders devote enormous time and energy to preparing, drafting, negotiating, and monitoring treaty obligations. It is not conceivable that they could do so except on the assumption that entering into a treaty commitment ought to and does limit their own freedom of action, and in the expectation that the other parties to the agreement will feel similarly constrained. The meticulous attention devoted to fashioning treaty provisions no doubt reflects the desire to limit the state's own commitment as well as to secure the performance of others. But either way, the enterprise makes sense only if the participants accept (presumably on the basis of experience) that as a general rule, states acknowledge an obligation to comply with agreements they have signed. For these officials, dealing with occasional egregious violator is a distinct problem, but it is not the central issue of treaty compliance. » (Nous soulignons.)

⁵⁵ Les fondements et les sources de cette grille d'analyse seront étudiés en profondeur dans la partie I.B.a) ci-dessous.

Cette grille d'analyse, appelée réaliste, fait toutefois l'objet d'une remise en question importante chez les théoriciens des relations internationales. Dans cet esprit, ces derniers ont développé une abondante littérature juridique qui a évolué, notamment depuis la chute de l'empire soviétique. Rejetons de la pensée idéaliste dans les théories des relations internationales⁵⁶, l'analyse libérale et l'approche constructiviste constituent aujourd'hui, selon nous, deux des plus importants modèles concurrents au réalisme. C'est sur la base de cette littérature que nous analyserons le régime de protection des Grands Lacs. De la même façon, nous pourrions aussi analyser la participation du Québec à ce régime ; régime qui a permis à cette province de renforcer sa personnalité juridique et, partant de là, sa capacité internationale.

Cependant, et afin de dissiper tout doute à ce sujet, lorsque nous proposons notre troisième voie, il n'est nullement question d'appliquer une analyse relevant uniquement de la science politique pour résoudre notre problématique. Bien que nous nous proposons d'utiliser les théories des relations internationales comme une assise et un guide, celles-ci ne constituent pas notre seul fondement théorique. En effet, notre perspective reste avant tout celle d'un juriste intéressé par les affaires internationales et non l'inverse.

En fait, ces différentes approches vont plutôt nous servir de prisme au travers duquel nous comptons observer une dimension du système juridique international. Ceci est possible car les théories des relations internationales font désormais l'objet d'une réflexion importante de la part de nombreux juristes qui y voient aussi un modèle juridique valable et utile.

Ainsi, nous ne sommes pas les seuls à avoir observé un mur étanche qui séparait jadis les théories des relations internationales du droit international. Une bonne décennie a déjà

⁵⁶ Mark R. Bradley, *Turning point : Decisions Shaping the Evolution of the International Political Economy*, Broadview Press, Peterborough, 1998 aux pages 28-29.

sûrement passé depuis que les théoriciens des relations internationales et les juristes intéressés par le même sujet ont entamé un dialogue qui leur a permis de se rendre compte que, bien souvent, ils discutaient des mêmes problèmes selon des perspectives philosophiques respectivement très proches.

Sur la base de ce dialogue, des juristes ont entamé un travail interdisciplinaire consistant à dégager des conséquences juridiques aux modèles théoriques en matière de relations internationales⁵⁷. Nous verrons plus loin que, le dialogue ayant été fructueux, cette approche interdisciplinaire est aujourd'hui bien campée en doctrine.

Mais avant toute chose, il importe évidemment de considérer sommairement les principales approches que propose la science politique aux relations internationales. Bien que le modèle réaliste n'est pas celui que nous adopterons, il est toutefois essentiel d'en décrire les contours puisque celui-ci reste le modèle dominant. De plus, sa description permet de mieux saisir les autres approches qui se sont largement développées en réaction à la pensée réaliste.

Enfin, cette démarche est nécessaire, voire essentielle, afin de démontrer quel cadre théorique permet l'étude de la capacité internationale des États fédérés d'une façon unifiée et intégrée ; un point de vue qui permet d'éviter les perspectives cloisonnées de Janus.

⁵⁷ À ce sujet, il faut absolument lire le fameux article de Anne-Marie Slaughter, Andrew S. Tumello et Stepan Wood, « International Law and International Relations Theory: A new Generation of Interdisciplinary Scholarship » (1998) 92 Am. J. Int'l L. 367 qui constitue sûrement le premier important appel clair en faveur d'un développement soutenu de cette entreprise interdisciplinaire particulière.

a. L'école réaliste⁵⁸

À titre de paradigme dominant, le réalisme s'est imposé comme méthode d'analyse des relations internationales à la suite de la Seconde Guerre mondiale, mais sa première systématisation a eu lieu juste avant celle-ci⁵⁹. Essentiellement, cette première tentative de systématisation se voulait une réponse aux utopistes et idéalistes qui, malgré leur foi inébranlable en la coopération internationale, n'offraient aucune explication scientifique solide des conflits qui secouaient alors l'Europe. D'où le terme « réalisme », par opposition à « idéalisme », qui tenait à remettre à l'avant-scène l'évidence selon laquelle « la politique est, dans un sens, toujours politique de puissance⁶⁰. » En effet, pour les réalistes, tout est affaire de puissance. Comme le disait Morgenthau, tout un chacun essaie d'exercer son « emprise sur les pensées et les actions des autres⁶¹. »

Cette emphase particulière sur le concept de puissance chez les réalistes n'est pas le fruit du hasard, mais bien plutôt le résultat d'une vision particulière de la nature humaine selon laquelle l'homme est un être égoïste qui tente continuellement d'optimiser ses intérêts particuliers⁶². C'est précisément cette caractéristique de l'être humain que les réalistes croient apercevoir dans le comportement des États. Comme l'explique le professeur Dario Batistella, « si la politique internationale est politique de puissance, c'est parce que le dieu mortel qu'est l'État-nation au sein duquel viennent s'agréger les

⁵⁸ Pour présenter l'exposé qui suit sur les théories des relations internationales, nous nous sommes inspiré de l'excellente présentation faite Dario Batistella, *Théories des relations internationales*, Paris, Presse de Science Po, 2003 aux pages 111 à 143 (réalisme), 143 à 175 (libérale) et 267 à 163 (constructivisme). [Batistella, *Théories des relations internationales*]. Ainsi, les citations françaises de publications anglophones sont le fruit de sa traduction. Nous lui sommes évidemment reconnaissant pour son excellent travail minutieux qui nous a grandement aidé.

⁵⁹ En effet, en 1939, l'historien Edward Hellet Carr publiait *The Twenty Years' Crises: an Introduction to the Study of International Relations*, London, Macmillan, 1939. [E.H. Carr, *Crises*]

⁶⁰ *Ibid* aux pages 46 et 47.

⁶¹ Hans Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf 1948 à la page 30. [Morgenthau, *Politics Among Nations*]

⁶² Sur les aspects moraux particuliers de la pensée réaliste, il est important de lire Reinhold Niebuhr, *Moral Man and Immoral Society*, New York, Scribner's 1932.

individus égoïstes exporte sur la scène internationale l'instinct de vie, de reproduction et de domination de ses membres composants⁶³. »

Or, s'il est vrai que les réalistes avancent tous le caractère égoïste des États, ce trait commun n'est pas le seul à être mis de l'avant dans leur conception des relations internationales. En effet, cette vision égoïste de l'État est elle-même mise de l'avant par des êtres pensants qui sont censés agir rationnellement. Comme le croit en effet Morgenthau, les politiques extérieures sont supposées être déployées par des hommes d'État pensant et agissant strictement pour le compte d'intérêts nationaux⁶⁴. C'est d'abord ces deux caractéristiques essentielles des États qui constituent le premier fondement méthodologique des réalistes : le comportement égoïste d'acteurs rationnels tentant de maximiser leurs intérêts. Dans ce cadre, on comprend aisément que le résultat ultime de l'attitude des acteurs est le conflit.

Toutefois, cette vision qui relève d'une conception particulière de l'État ne peut tenir dans la mesure où la plupart des hommes ne peuvent pas toujours agir comme des êtres égoïstes cherchant par des moyens souvent violents à avantager leurs conditions. Autrement, il ne pourrait évidemment même pas être question de coopération et de développement international.

Cette objection permet de dévoiler un autre postulat capital pour les réalistes, selon lequel si les États agissent de cette façon, c'est qu'ils se perçoivent tous comme des êtres égaux pouvant légitimement maximiser leurs intérêts de toutes les façons possibles. Ceci est possible en raison du postulat des penseurs réalistes selon lequel il n'existe aucune entité sur le plan international capable de réguler les comportements des acteurs internationaux, contrairement à l'organisation sociale interne des États.

⁶³ Batistella, *Théories des relations internationales*, *supra* note 58 à la page 116.

⁶⁴ Morgenthau, *Politics Among Nations*, *supra* note 61 à la page 5.

À cet égard, Morgenthau croit remarquer que « [d]ans la sphère internationale, aucun souverain n'existe⁶⁵. » De la même façon, pour Aron, on peut comparer l'environnement dans lequel se trouvent les États à l'état de nature dans lequel étaient plongés les hommes avant d'avoir établi leurs organisations sociales⁶⁶. En fait, ce que Aron appelle l'état de nature fait l'objet d'une attention très particulière chez les réalistes qui conçoivent que l'environnement international est anarchique.

C'est principalement à la pensée néoréaliste de Kenneth Waltz, deuxième mouture de l'école réaliste, que l'on doit l'explication la plus forte de l'anarchie comme principe structurant de l'environnement international. Se distinguant de la première génération de réalistes qui concentrait son analyse sur le plan des États, « Waltz situe son analyse au seul troisième niveau d'analyse [le premier étant l'individu et le second, l'État], celui du système international⁶⁷. »

Ainsi, pour Waltz, bien que le caractère égoïste des États soit toujours une composante essentielle du paradigme réaliste, le conflit est moins un effet du comportement des acteurs internationaux que l'effet de l'environnement anarchique dans lequel évoluent les États. Comme l'explique Waltz, « la guerre existe parce que rien ne l'empêche⁶⁸. »

Cette place centrale qu'occupe la structure anarchique du système chez le courant néoréaliste aujourd'hui dominant n'est pas seulement la cause du caractère égoïste des États, mais implique également que tous ces acteurs sont des unités fonctionnellement indifférenciées dans le système. En fait, dans le cadre de ce paradigme, tous les États ont

⁶⁵ Hans Morgenthau, *Scientific Man vs Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press 1946 à la page 85.

⁶⁶ Raymond Aron « Qu'est-ce que la théorie des relations internationales », (1967) 5 Rev. Fran. Sc. Pol. 837.

⁶⁷ Batistella, *Théories des relations internationales*, *supra* note 58 à la page 126.

⁶⁸ Kenneth Waltz, *Man, the State and War*, New York, Colombia University Press, 1959, à la page 188.

les mêmes intérêts et recherchent le même objectif : assurer leur sécurité menacée par l'incertitude créée par l'environnement anarchique⁶⁹.

Cette considération nous permet de tirer une dernière conclusion importante concernant le réalisme. Cette analyse suppose que les acteurs aient une identité et des intérêts prédéterminés. Même s'il est vrai que le néo-réalisme de Waltz considère que l'environnement international a un effet sur les acteurs, celui-ci n'est disposé à reconnaître l'effet du système que dans la mesure où l'environnement oblige les acteurs internationaux à élaborer des stratégies particulières adaptées aux identités et intérêts qu'ils ont en propre. Comme nous le verrons dans le cadre de l'explication du constructivisme, cette conception relève d'une approche individualiste plutôt qu'holiste des relations internationales.

En somme, la brève discussion qui précède suppose un fait important qu'il importe en dernier lieu de souligner. Pour les réalistes, peu importe que le niveau d'analyse soit individuel (le comportement des représentants de l'État), étatique (le comportement des États en tant que tels) ou systémique (les États dans l'environnement anarchique), le plus petit dénominateur commun, l'objet d'analyse lui-même, reste toujours en bout de ligne l'État. Comme le faisait remarquer Waltz « [l]es États sont les unités dont les interactions forment la structure des systèmes politiques internationaux⁷⁰. » En effet, toute la tradition d'analyse réaliste suppose que l'État est un acteur unitaire, indivisible et opaque dont l'organisation interne n'influe aucunement dans l'analyse qui est faite de son comportement.

C'est d'ailleurs principalement pour cette raison particulière que nous ne pouvons nous résoudre à adopter l'école réaliste comme cadre analytique. Il est assez évident que, voulant analyser les aspects juridiques des relations internationales d'une entité qui est

⁶⁹ Ceci est une des différences entre les réalistes classiques et les néo-réalistes. En effet, pour les premiers les États cherchent toujours à augmenter leur pouvoir absolu, alors que pour les seconds, comme nous l'avons vu, ils désirent augmenter leur niveau de sécurité.

⁷⁰ Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, 1979, à la page 95.

une composante de l'État, une approche qui suppose que l'État constitue une unité indivisible nous empêche dans une large mesure d'aborder notre problématique. De la même façon, il est logiquement insoutenable de vouloir aborder les relations internationales d'un État fédéré ayant une identité particulière au travers un paradigme qui suppose une unité cohérente des intérêts d'un même pays.

D'ailleurs, la perspective réaliste conçoit les États fédéraux comme des entités unitaires dans le cadre des relations internationales. Or, en supposant que ces États ont des niveaux de relations internationales distincts qui se séparent entre État central et État fédéré, nous remettons en cause non seulement l'objet d'étude même des réalistes, mais aussi une de leur supposition vitale : l'unité des intérêts de l'État.

Enfin, nous verrons plus loin (partie III) que la présomption selon laquelle le système international est un environnement anarchique conflictuel ne peut sérieusement tenir aux fins de notre étude de cas. On verra plutôt qu'aussitôt que des interactions entre les acteurs prennent place, le système produit du droit, ce qui rend obsolète l'idée effrayante selon laquelle les acteurs internationaux sont dans un état de nature perpétuel. De toute façon, l'école réaliste ne s'accommode guère d'une quelconque perspective juridique pour le système international. Comme le faisait remarquer Stephen D. Krasner, « [f]or Waltz's approach, which came to be labelled neo-realism, international law played essentially no role⁷¹. »

Peut-être, cependant, notre perspective est-elle plus « libérale », dans le sens états-unien du terme? C'est ce que nous verrons maintenant.

⁷¹ Stephen D. Krasner « International Law and International Relations: Together, Apart, Together? » (2000) 1 Chi. J. Int'l. L. 93 à la page 94. [Krasner, International Law and International Relations] Certains juristes commencent néanmoins à travailler à partir des hypothèses réalistes, mais simplement pour démontrer les limites du droit international.

b. L'analyse libérale

Tant sur le plan historique que sur le plan philosophique, l'analyse libérale constitue le grand modèle concurrent au réalisme. En effet, depuis que les relations internationales font l'objet d'un discours scientifique, le libéralisme et le réalisme sont en constante opposition.

Sur le plan historique, il est d'abord intéressant de noter ce sont les libéraux qui ont amorcé la première tentative de théorisation des relations internationales. En fait, l'école libérale prend racine dans la tradition philosophique des Lumières et trouve appui largement dans le projet de paix perpétuelle de Kant⁷².

De nos jours, malgré la domination du modèle réaliste, l'analyse libérale prend sa revanche et tente de s'imposer en tant qu'une école prescriptive qui cherche à implanter un modèle mondial censé apporter la paix et la prospérité internationales⁷³. En fait, l'analyse libérale confond généralement son projet académique avec la vision démocratique de l'État de droit, vision qu'elle exporte sur le plan international pour en tirer les conséquences. Toutefois, ces aspirations normatives ne sont pas uniquement le résultat d'une conception naïvement idéaliste des relations internationales. Elles découlent plutôt d'une vision philosophiquement différente de l'école réaliste.

En effet, alors que la perspective anthropomorphique de l'État réaliste suppose que celui-ci est rationnellement égoïste et fondamentalement méchant, les libéraux supposent plutôt que les êtres humains sont fondamentalement bons et perfectibles, surtout dans leur croyance inébranlable au progrès⁷⁴. De la même façon, les libéraux supposent que

⁷² À cet effet, Stanley Hoffmann « The Crisis of International Liberalism », (1995) 98 For. Pol. 159, précise que la dimension internationale du libéralisme n'a guère été autre chose que la projection à l'échelle mondiale de la philosophie libérale issue du siècle des lumières.

⁷³ De ce point de vue, les critiques concernant son caractère idéaliste ne sont pas dénuées de tout fondement.

⁷⁴ Cette supposition est caractéristique des libéraux d'après la première guerre mondiale. Ce trait a d'ailleurs été sublimement exposé par Woodrow Wilson le 22 janvier 1917 au Sénat américain dans

les êtres humains agissent rationnellement en vue, généralement, de maximiser leur utilité. C'est d'ailleurs cette conception ordonnée et rationnelle des acteurs en relations internationales qui fait dire à plusieurs qu'en dépit de différences ontologiques manifestes quant au caractère des acteurs, les réalistes et les libéraux partagent une même épistémologie rationaliste en ce sens où tous deux supposent que les États agissent d'une façon cohérente⁷⁵.

Toutefois, cette épistémologie rationaliste ne se situe pas au même niveau d'analyse. Ainsi, alors que l'analyse réaliste prend l'État comme le dénominateur commun, l'école libérale concentre son analyse au niveau de l'individu. L'État n'est évidemment pas absent des considérations théoriques des tenants de cette école, mais se conçoit comme le mandataire du peuple dont il est censé représenter les intérêts. Pour les libéraux, une pluralité d'États démocratiques fonctionnant internationalement sur ce modèle créerait les conditions favorables à la coopération internationale⁷⁶. Ainsi, pour les tenants de ce courant, il est logique de penser qu'un monde d'États démocratiques libéraux serait susceptible de créer une communauté d'intérêts individuels engendrant la coopération puis la paix mondiale⁷⁷.

un discours en quatorze points par lequel le président se proposait de rendre le monde sécuritaire par l'exercice de la démocratie. Pour une présentation classique de cette discussion concernant le caractère naturellement bon de l'homme, voir Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, (1^{ère} version) Paris, Édition Gallimard, 1983. Rousseau critique Hobbes, un des penseurs auquel se réfèrent les réalistes, sur sa conception de l'homme naturellement méchant. Rousseau lui dit par exemple : « L'erreur de Hobbes n'est donc pas d'avoir établi l'état de guerre entre les hommes indépendants et devenus sociables mais d'avoir supposé cet état naturel à l'espèce, et de l'avoir donné pour cause aux vices dont il est l'effet. »

⁷⁵ Voir notamment Alex Macleod, Évelyne Dufault et François Guillaume Dufour (dir), *Relations internationales : théories et concepts*, Montréal, Éditions Athéna, 2004 à la page 122.

⁷⁶ Les libéraux, en droite ligne avec la pensée Kantienne, constatent d'ailleurs généralement à ce sujet que les États démocratiques ne se font pas la guerre.

⁷⁷ À ce sujet, il existe trois approches libérales dominantes, soit : les libéraux républicains, lesquels font le lien entre la paix et l'implantation de systèmes démocratiques; le libéralisme commercial, qui présume que l'ouverture au commerce pave la voie de la paix mondiale par la coopération économique; le libéralisme sociologique, pour qui la somme des êtres libres pavera la voie à l'intégration transnationale.

En fait, pour les libéraux, le comportement des États (démocratiques) est essentiellement le résultat d'une complexe agrégation des préférences individuelles. Comme l'explique le professeur Bastistella, « [d]ans la perspective libérale, la politique étrangère d'un État s'analyse alors non pas comme une entreprise continue motivée par la satisfaction de l'intérêt national défini compte tenu de la configuration internationale du rapport de puissances, mais comme une suite de décisions singulières reflétant les intérêts et préférences de tel ou tel groupe ayant réussi à imposer à travers l'appareil décisionnel son point de vue aux autres⁷⁸. »

Enfin, si le réalisme s'accommode très mal de l'idée d'un droit international, le libéralisme a été plus fécond sur ce point. En fait, l'histoire même du libéralisme institutionnaliste est intimement liée au développement du dialogue entre les théoriciens des relations internationales et les juristes internationaux⁷⁹. D'ailleurs, à certains égards, la pensée libérale dans la doctrine juridique est peut-être aujourd'hui la forme la plus poussée en matière d'interdisciplinarité⁸⁰.

Malgré tout, nous ne pouvons pas nous résoudre à nous servir de cette approche et ce, pour différentes raisons d'ordre ontologique et systémique. Un des problèmes majeurs que nous pose d'abord cette approche est principalement son manque de perspective publique. Même s'il est vrai que les relations internationales peuvent sûrement être atomisées jusqu'à un plan purement individuel, il nous paraît pour le moins curieux de

⁷⁸ Batistella, *Théories des relations internationales*, *supra* note 58 à la page 164. Bien qu'il y ait des distinctions à faire sur cette question, c'est néanmoins aujourd'hui une approche largement dominante qui a été développée notamment par Andrew Moravcsik « Taking Preferences Seriously », (1997) 51 *Int. Org.* 513

⁷⁹ Voir à cet effet Anne-Marie Slaughter « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », (1993) 87 *Am. J. Int'l L.* 205 où elle explique d'ailleurs certaines idées que nous avons déjà esquissées : « Just as constitutional lawyer study political theory, and political theorists inquire into the nature and substantive of the constitution, so too two disciplines that study the law of states behavior seek to learn from one another. At the very least, they should aspire to a common vocabulary and framework that would allow the sharing of insight information. »

⁸⁰ Encore ici, il faut souligner l'important apport de Anne-Marie Slaughter dans son fameux livre *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004. (L'auteur y explique sa perspective institutionnaliste de la gouvernance internationale par le biais des réseaux.)

traiter des relations internationales d'un corps public comme une somme d'individualités. Même s'il est vrai que le droit international public prend de plus en plus en compte l'individu comme un sujet de droit et que d'un point de vue des droits et libertés publiques c'est généralement un apport positif, il nous semble quelque peu présomptueux de fonder une science légale sur ce postulat toujours fragile en droit international public. En fait, c'est que la sociologie nous apprend précisément qu'un corps public est nécessairement plus que l'amalgame de ses membres.

De la même façon, nous avons déjà expliqué qu'il n'était pas question pour nous de remettre complètement en cause l'idée selon laquelle l'État est une boîte noire. Comme nous le démontrerons, même si le discours du droit international est beaucoup plus large qu'il n'y paraît sur la question des sujets du droit international, il n'existe aucun principe permettant d'affirmer que les individus sont aujourd'hui les acteurs fondamentaux du droit international public.

Enfin, la présomption selon laquelle la pensée et l'organisation libérale s'étendront à la grandeur de la planète pour créer une communauté pacifique fondée sur des intérêts démocratiques convergents nous semble quelque peu irréaliste ou à tout le moins prématurée⁸¹. Nous considérons plutôt que cette croyance profonde en un idéal démocratique relève davantage d'un ensemble d'idées, d'attitudes et d'attentes face à l'État qui sont généralement partagées en Occident. C'est précisément de ce thème dont nous allons maintenant traiter.

c. Le constructivisme

Comme théorie des relations internationales, le constructivisme est d'abord et avant tout une approche sociologique qui permet d'étudier les relations sociales à partir de

⁸¹ À ce sujet, il n'est peut-être pas inutile de rappeler les prophètes libéraux comme Francis Fukuyama dans son ouvrage *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

l'hypothèse des êtres humains comme êtres sociaux⁸². Comme le précise le professeur Batistella, « [...] le constructivisme, [...] se concentre de façon générale sur ce que John Searle a appelé les faits sociaux qui, tels l'argent, la souveraineté, les droits, n'ont pas de réalité matérielle mais n'existent que parce qu'un ensemble de personnes croient qu'ils existent [...] »⁸³.

Bien que le libéralisme et le réalisme prétendent aussi constituer des sciences humaines, le constructivisme se distingue de ces deux dernières par son orientation critique du phénomène des relations internationales.

À vrai dire, la saveur critique du constructivisme fait de cette approche un moyen terme entre les théories essentiellement critiques, tel le post-modernisme et le féminisme, et les modèles d'analyses dominantes que nous venons juste de décrire. En effet, le constructivisme partage les mêmes préoccupations explicatives que le réalisme et le libéralisme en ce qu'il cherche à comprendre le système international par la lorgnette des intérêts et de l'identité des acteurs. Toutefois, cette approche se distingue radicalement de ces deux dernières en rejetant le postulat rationaliste à la base des analyses classiques et en lui substituant celui de la construction sociale des faits par le biais du concept d'idées mutuellement construites.

En fait, la meilleure façon d'expliquer et de distinguer le constructivisme consiste à emprunter la voie théorique tracé par le penseur allemand Alexander Wendt dans son fameux ouvrage *Social Theory of International Politics*⁸⁴. Pour celui-ci, il est possible de classer les paradigmes théoriques des relations internationales selon leur positionnement le long des axes matérialisme/idéalisme et holisme/individualisme.

⁸² Nicolas Onuf « Constructivism : A User's Manual » dans Vendulka Kubalkova (dir.), *International Relations in a Constructed World*, Armonk, Sharpe, 1998 aux pages 58 à 78.

⁸³ Batistella, *Théories des relations internationales*, *supra* note 58 à la page 271.

⁸⁴ Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Le lecteur aura sans doute remarqué le titre choisi par Alexander Wendt qui fait directement référence à Kenneth Waltz avec son *Theory of International Politics*, tout en précisant la perspective particulière de l'auteur.

Selon ce classement, le réalisme pourrait être vu comme une approche matérialiste et individualiste. Matérialiste, en ce que le système international doit être analysé en fonction de la distribution du pouvoir matériel entre les différents acteurs. Individualiste, en ce que ce sont les identités et les intérêts intrinsèques de ces mêmes acteurs qui constituent le fondement des interactions internationales⁸⁵. Quant au libéralisme, Wendt le classe dans la catégorie idéaliste-individualiste. En effet, les libéraux ont une conception idéaliste des rapports internationaux dans la mesure où ils estiment que la nature humaine est perfectible et qu'ils pensent que l'implantation de la démocratie à l'échelle internationale paverait la voie à la coopération entre les peuples. Enfin, la vision libérale est clairement individualiste, et ce, dans tous les sens du terme, puisque, selon les libéraux, toutes les sociétés sont essentiellement composées d'individus⁸⁶.

Reste donc, pour le constructivisme, une combinaison idéaliste-holiste⁸⁷. Selon Wendt, l'aspect idéaliste se dégage du postulat constructiviste selon lequel « les structures sociales sont prioritairement déterminées par les idées que partagent les agents plutôt que par les rapports matériels entre eux : les structures sociales sont donc en fait des cultures, au sens d'ensembles de savoirs socialement partagés⁸⁸. » L'aspect holistique, quant à lui, repose surtout sur l'hypothèse selon laquelle les intérêts et, principalement, l'identité des acteurs sont déterminés par les idées partagées dans une sphère d'activités données.

⁸⁵ En ce sens, on comprend que l'individualisme dont parle Wendt découle non pas de l'être humain comme individu, mais plutôt du concept d'acteur. En fait, lorsqu'il explique l'axe holisme/matérialisme, Wendt fait référence à l'éternel débat académique en sociologie qui consiste à se demander si c'est la somme des individus qui constituent la société ou si c'est la société qui crée les individus. Comme nous le verrons, Wendt prend clairement position pour la seconde approche.

⁸⁶ Bien entendu, ce classement rudimentaire fait abstraction des différences existantes à l'intérieur même des différents paradigmes, comme par exemple le néo-réalisme, le libéralisme structuraliste et le libéralisme économique. Vu la portée de ce travail, nous n'en traiterons pas. Nous resterons au niveau des généralités que nous venons d'exposer.

⁸⁷ La combinaison matérialiste-holiste étant l'apanage des théories marxistes, dont nous ne traiterons pas ici, vu l'espace alloué. De toute façon, certains estiment que le constructivisme est venu remplacer le marxisme comme troisième grand paradigme des relations internationales. Batistella, *Théories des relations internationales*, *supra* note 58 à la page 270 note 2.

⁸⁸ *Ibid*, à la page 279.

Cette hypothèse est, quant à nous, particulièrement importante eu égard à l'importance qu'a le droit dans le présent mémoire.

En effet, suivant ce postulat, l'identité et les intérêts des acteurs sont largement tributaires des idées partagées dans un champ d'activités données. Or, juridiquement, ces idées partagées se traduisent par des concepts juridiques précis et facilement identifiables. Plus précisément, nous reconnaissons dans ces idées mutuellement construites et partagées le discours du droit international positif. Ainsi, d'un point de vue juridique, nous pouvons extrapoler la conclusion suivante : les normes juridiques, qui sont des idées mutuellement construites et partagées, affectent directement l'identité et les intérêts des acteurs, qui, contrairement aux thèses réaliste et libérale, ne sont pas donnés, mais mutuellement construits.

Toutefois, la présentation de ce débat ontologique et épistémologique n'est pas complet et doit faire l'objet d'une abstraction encore plus poussée qui nous permettra de définir clairement les contours de l'approche constructiviste. En fait, si, comme nous l'avons vu, le constructivisme rejette l'ontologie selon laquelle l'identité et les intérêts des acteurs sont donnés, ontologie que partagent libéraux et réalistes, le constructivisme se rallie néanmoins au cadre épistémologique selon lequel la réalité sociale peut être étudiée positivement. En somme, le constructivisme doit donc surtout être expliqué selon quatre postulats ontologiques essentiels :

- 1- la politique mondiale n'est pas déterminée par des rapports de force matérielle, mais plutôt par un ensemble de structures cognitives composées d'idées, de croyances, de valeurs, de normes et d'institutions partagées inter-subjectivement par les acteurs⁸⁹;
- 2- l'identité et les intérêts des acteurs sont fonction de cet ensemble de « structures cognitives » composées d'idées⁹⁰;

⁸⁹ À ce sujet, voir surtout Martha Finnemore, *National Interests in International Society*, Ithaca, Cornell University Press, 1996.

- 3- les « structures cognitives » composées d'idées ne sont toutefois pas les uniques déterminants de l'identité et des intérêts des acteurs puisque ceux-ci, par leurs interactions, en viennent toujours à changer les idées mutuellement construites⁹¹;
- 4- l'identité des acteurs détermine leurs intérêts.

En somme, on peut résumer en disant que « [t]he essential constructivist commitments are to the priority of identity over interest, to the relevance of nonmaterial explanations of actor behavior, to the possibility of « collective intentions » or shared understanding, and to the mutual construction of agent⁹². »

Ainsi défini, quel peut être l'intérêt du constructivisme dans le cadre de notre problématique juridique? Nous aborderons tout de suite après les conclusions normatives qu'ont tirées certains auteurs des postulats méthodologiques que nous venons de présenter. Toutefois, il nous semble évident qu'un commentaire prescriptif (et ce sera là notre seul commentaire à ce sujet) peut être formulé eu égard à l'approche de notre perspective théorique.

Pour que le constructivisme fonctionne, il est impératif qu'il existe et que soient maintenus des espaces discursifs permettant aux acteurs d'interagir et de discuter. En effet, sans relation ni discussion, aucune idée n'émerge, aucune identité ne se constitue et, en conséquence, les intérêts n'existent pas. Dans ce contexte, il serait impossible d'espérer observer un quelconque développement normatif. Mais le maintien des espaces discursifs n'a pas cette seule utilité. En effet, il permet surtout d'assurer une fonction large de régulation. En effet, le construit social permet en bout de ligne aux

⁹⁰ À ce sujet, voir généralement Peter J. Katzenstein (dir), *The Culture of National Security*, New York, Columbia University Press, 1996.

⁹¹ À ce sujet, voir généralement Nicolas Onuf, *Constructivism User Manual*, *supra* note 82. Il peut également être utile de consulter l'un des articles fondamentaux sur cette question : Alexander Wendt « Anarchy is What States Make of It : the Social Construction of Power Politics », (1992) 46 *Int. Org.* 391.

⁹² Jutta Brunnée et Stephen Toope, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law », (2000) 39 *Colum. J. Transnat'l L.* 19 [Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*] à la page 32

acteurs d'avoir des cadres de référence leur permettant d'ajuster leurs comportements tout en ayant la possibilité de prévoir les agissements des autres. N'est-ce pas là une fonction importante du droit? Bien plus! C'est peut-être même un de ses traits constitutifs fondamentaux! Voyons voir pourquoi.

C. Constructivisme, pluralisme et capacité internationale des États fédérés : le modèle proposé

a. Droit international et constructivisme juridique

Avant d'aborder franchement les fondements théoriques juridiques qu'il est possible de dégager du constructivisme, il importe avant tout de discuter sommairement d'un élément essentiel au débat sur lequel nous croyons devoir absolument prendre position : notre perspective philosophique concernant la théorie du droit. Nous avons déjà esquissé quelques commentaires dans la partie A de ce chapitre sur le concept du droit international. Nous avons aussi sommairement traité des mérites des approches théoriques aux relations internationales en sciences politiques dans la partie B. Il s'agit maintenant d'expliquer clairement notre position quant à notre objet premier : le droit. Une fois cette étape franchie, il sera plus aisé de faire les liens entre notre conception du droit international imbriquée dans la pensée politique des relations internationales.

Plus précisément, notre choix du constructivisme comme modèle théorique deviendra beaucoup plus clair et cohérent. En effet, comme nous le verrons tout de suite après, il existe des liens très étroits entre notre perspective philosophique concernant notre matière première (le droit) et la théorie constructiviste. Même si leurs genèses respectives se sont faites en parallèle, il nous semble aujourd'hui être acquis en doctrine que leurs destinées sont indissociables, sur le plan interdisciplinaire à tout le moins.

Ceci dit, même si nous tenons à glisser quelques mots concernant notre perspective philosophique sur la théorie du droit, il n'est nullement question pour les fins de notre

analyse d'embrasser un large éventail d'approches, avec toutes les subtilités et distinctions qui existent entre les nombreuses écoles. Nous tenons plutôt à mettre en exergue certaines distinctions fondamentales existantes entre deux tendances aux conséquences diamétralement différentes quant à notre problématique. L'une nierait, dans une large mesure, la reconnaissance d'une certaine légalité à l'existence même de la capacité internationale des États fédérés. La seconde, évidemment plus près de notre perspective, la rend non seulement possible, mais aussi tout à fait concevable, voire même banale.

Nous faisons ici référence aux traditions positiviste et naturaliste dans la philosophie du droit. Afin d'éviter une incursion longue et inutile dans les dédales et les fondements de leurs conceptions respectives, précisons tout de suite les éléments distinctifs sur lesquels nous devons nous arrêter afin de démontrer clairement les raisons de notre préférence pour une branche particulière de la seconde école.

S'il fallait désigner trois questions essentielles sur lesquelles ces deux traditions, dans leurs manifestations contemporaines, ne s'entendent pas, nous n'hésiterions pas à retenir pour nos fins : les conditions de réalisation du droit, la souveraineté étatique comme unique source du droit et la présomption selon laquelle le droit fait l'objet d'un ordonnancement hiérarchique. Pour faire simple (pour ne pas dire d'une façon simpliste), nous dirions, comme le philosophe Bobbio, que « [p]ar positivisme juridique comme théorie, j'entends cette conception particulière du droit qui lie le phénomène juridique à la formation d'un pouvoir central, souverain, capable d'exercer la contrainte : l'État⁹³. »

Quelle implication découle de cette vision ? D'abord, que les positivistes nient qu'il y ait nécessairement une justification morale au droit, qu'il considère comme étant la cristallisation d'une manifestation sociale du pouvoir. Pour ceux-ci, il n'est donc pas

⁹³ Norberto Bobbio, *Sur le positivisme juridique dans Mélanges Paul Roubier*, t.1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, à la page 60.

nécessaire de chercher une quelconque moralité aux normes qui s'auto-légitiment en raison du pouvoir de contrainte que possède l'entité investie de l'autorité pour les créer.

Les positivistes considèrent ensuite que la seule source du droit n'est pas la morale, comme le suppose les naturalistes, mais bien plutôt les décrets officiels d'une entité reconnue comme étant la seule habilité à ce faire⁹⁴. L'idée sous-jacente à cette conception est que la seule source légitime se retrouve dans un « souverain » reconnu et accepté de tous⁹⁵. On retrouve ici la matérialisation d'une condition importante de réalisation du droit dont nous avons parlée juste avant, soit le droit comme étant une manifestation sociale du pouvoir.

Le principe de la légalité coule ensuite de source : toutes les normes qui sont le fruit direct ou délégué de l'autorité souveraine (l'État) constituent du droit en raison même de leur provenance. Cette autorité est d'ailleurs la seule autorité légitimée à dire la loi.

Enfin, les positivistes considèrent, à des degrés divers, que le droit doit être organisé logiquement selon une structure hiérarchique. La meilleure illustration que l'on peut offrir de la hiérarchie du droit est cette conception théorique et abstraite de l'ordre constitutionnel des démocraties occidentales. Selon cette conception, un règlement ne peut être contraire à une loi qui doit elle-même être conforme aux normes impératives de la constitution d'un État. À cet égard, l'image la plus forte est probablement celle offerte par Kelsen selon laquelle les normes juridiques sont ordonnées sur le modèle d'une pyramide censée représenter « l'unité de représentation juridique du monde⁹⁶. »

⁹⁴ Il existe ici encore une question de degré. Alors que pour Austin, *infra* note 95, le pouvoir de la norme est déterminé presque exclusivement par la force brute du souverain de la mettre en œuvre, H.L.A. Hart considère plutôt que l'adhésion à la loi est fonction d'une norme implicite de reconnaissance (rule of recognition). H.L.A. Hart, *The concept of law*, 2^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1961, à la page 214 notamment.

⁹⁵ À ce sujet, voir notamment John Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, London, Legal Classics Library, 2005.

⁹⁶ Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la théorie pure du droit*, (1992) 22 Droit et société, 556 à la page 556.

À cette conception, les naturalistes offrent toute une gamme d'arguments qu'il est inutile ici de reprendre, tant la tradition philosophique est riche et variée. D'ailleurs, il n'est pas évident que beaucoup d'entre elles nous serviraient vraiment. Toutefois, une approche particulière du courant naturaliste se fonde admirablement bien à l'intérieur d'une des théories du droit international nous permettant d'esquisser une réponse à notre problématique. De plus, cette perspective philosophique offre une réponse profonde et une critique puissante aux fondements du courant positiviste que nous avons présentés et qui empêchent certains de nommer le droit international pour ce qu'il est.

Cette approche naît en 1963 lorsque le professeur et philosophe Lon F. Fuller est invité à l'université Yale pour donner une série de conférences sur la philosophie du droit. L'année suivante, le célèbre philosophe publie un ouvrage intitulé *The Morality of Law*, dans lequel il reprend l'essentiel de ses thèses concernant la théorie du droit⁹⁷. Dans un chapitre intitulé *The Concept of Law*, le professeur Fuller entreprend de répondre à son rival, le professeur H.L.A. Hart, sur le concept du droit que ce dernier a développé dans son livre, dont le professeur Fuller a copié le nom pour son chapitre. Nous présenterons donc succinctement la position du professeur Fuller quant aux fondements de la pensée des positivistes en général tout en répondant à la conception du professeur Hart de façon plus particulière⁹⁸.

Ce qui frappe en premier lieu dans la pensée de Fuller, c'est le type de définition qu'il donne du droit. Pour celui-ci, le droit est l'entreprise d'assujettissement de la conduite humaine à la gouvernance du droit (*the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*). Contrairement à la plupart des autres théoriciens ayant littéralement essayé d'enfermer le droit comme objet d'étude dans une définition au contour clair et limité, on observe chez Fuller un rejet de cette conception statique et définitive du droit. En fait, toute sa pensée est orientée autour de l'idée selon laquelle le

⁹⁷ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964. [Fuller, Morality]

⁹⁸ Sauf avis contraire, toutes les références à Fuller qui suivent et ce, jusqu'à la page 42, dans le corps du texte sont tirées du chapitre du livre de Fuller dont il a été question.

droit est un processus, une action. Cette particularité vaut parfois à sa théorie le sobriquet de naturalisme procédural⁹⁹. Cette perspective est rendue claire par Fuller lui-même lorsqu'il explique que sa vision « treats law as an activity and regards a legal system as the product of a sustained purposive effort. » (Nous soulignons.)

C'est dans cette vision des choses que l'on retrouve une première trace bien claire d'un trait typique des naturalistes : la finalité de l'action (*purposive action*). Toutefois, et contrairement à de nombreux naturalistes classiques, Fuller précise que la loi naturelle dont il parle « have nothing to do with any broding omnipresence in the sky. Nor have they the slightest affinity with any such proposition as that the practice of contraception is a violation of God's law. »

Cela dit, pour Fuller, l'humain reste un être de finalité. Pour être plus précis, nous devrions dire, pour compléter justement la pensée de Fuller, que c'est l'activité humaine en général qui a toujours une finalité. En fait, Fuller place simplement la finalité de l'activité humaine dans sa dimension sociale. Ainsi, du point de vue social et fonctionnaliste de Fuller, sa définition du droit que nous avons présentée doit être entendue et comprise dans sa fonction qui vise à « achieve [social] order through subjecting people's conduct to the guidance of general rules by which they may themselves orient their behavior¹⁰⁰. » (nos soulignés)

Cela dit, et en dépit de cette perspective quasi externe et sociologique du droit, Fuller, comme tout naturaliste, voit un lien intime entre la morale et le droit. Il est donc évident que Fuller a identifié certaines règles fondamentales devant être respectées dans l'entreprise de création du droit. Les préceptes moraux nécessaires que doit respecter l'activité humaine afin de produire du droit sont expliqués plus avant dans son chapitre

⁹⁹ Fuller emploie lui-même cette expression lorsqu'il explique aux pages 96-97 que « the internal morality of law [...] is a procedural version of natural law. »

¹⁰⁰ Lon L. Fuller, « A Replys to Professors Cohen and Dworkin » (1965) 10 Vill. L. Rev. 655 à la page 657. [Fuller, Reply]

intitulé *Morality that makes law possible*, où le professeur explique sa perspective interne du droit par le respect de ces préceptes moraux.

Fuller en identifie huit devant être respectés si l'on veut être en présence de droit. Toutefois, et comme il le dit lui-même, ceux-ci n'ont rien à voir avec des préceptes moraux transcendants. Conformément à sa vision fonctionnelle du droit comme étant une procédure, les huit préceptes moraux devant être respectés ont un caractère nettement plus procédural et technique¹⁰¹ qu'une règle recherchant par exemple la nature du bien.

Suivant ce qui vient d'être dit, il devient maintenant plus évident de comprendre pourquoi Fuller rejette l'idée selon laquelle le droit doit être le produit d'un souverain. En effet, le naturalisme procédural de Fuller conçoit le droit comme le fruit d'interactions sociales, orientées vers une fin particulière et conforme à un certain nombre de règles morales précises. Dans ce cadre, l'idée d'un souverain tout-puissant ayant le pouvoir de décréter la loi ne joue aucun rôle particulier. D'ailleurs, pour Fuller, le droit ne peut logiquement pas être le produit d'un souverain puisque le souverain est lui-même le produit de l'entreprise créatrice de droit. À ce sujet, Fuller donne l'exemple suivant, basé sur ce qui pourrait être considéré comme l'archétype idéal du souverain en occident : la souveraineté parlementaire.

Parliamentary sovereignty means, in effect, that the parliament stands above the law in the sense that it can change any law that is not to its liking. But, paradoxically, it gains this position of being above the law only by subjecting itself to law – the law of its own internal procedure. For a corporate body to pass laws it must conform to laws that will determine when a law has been passed. [...] The structure of authority, so often glibly thought of as organizing law, is itself a product of law¹⁰².

¹⁰¹ Pour Fuller, ces huit préceptes sont : (1) la loi doit s'exprimer de façon générale; (2) la loi doit être publicisée; (3) la loi doit être prospective et non-rétroactive; (4) la loi doit être compréhensible; (5) les lois doivent être cohérentes entre elles; (7) la loi ne doit pas changer à un point tel où ses sujets ne sont plus capables de s'y fier; (8) la loi doit être administrée en conformité avec sa lettre.

¹⁰² Fuller, *Morality*, *supra* note 97 à la page 115.

De la même façon, on comprend aisément que le philosophe Fuller ne partage pas une certaine vision positiviste selon laquelle le droit est ordonné selon une structure hiérarchique maintenue largement grâce au pouvoir et à la force. D'abord, parce que son naturalisme procédural agit véritablement sur une ligne horizontale. Il n'est aucunement question, en effet, de concevoir une activité orientée vers une fin particulière d'une perspective dominant-dominé ou encore administrateur-administré.

Même s'il est vrai que les rapports de force peuvent différer dans le cadre d'une relation entre deux sujets, il reste que l'exercice d'une activité sous-entend une participation de part et d'autre. Il serait d'ailleurs contraire à la logique de concevoir l'exercice d'une activité comme une relation entre un élément actif (*e.g.* le souverain donnant le droit) et un élément passif (*e.g.* le sujet recevant ce même commandement).

De toute façon, pour Fuller, la vision positiviste relève surtout d'une conception moderne de l'État-nation qui peut, par ailleurs, être un modèle descriptif correct, mais qui n'est nullement une explication du droit. À cet effet, il est utile de rappeler ce que le professeur disait lui-même à ce sujet :

Since the emergence of the national state, however, a long-line of legal philosopher running from Hobbes through Austin to Kelsen and Somlo have seen the essence of law in a pyramidal structure of state power. This view abstract from the purposive activity necessary to create and maintain a system of legal rules, containing itself with a description of the institutional framework within which this activity is assume to take place¹⁰³.

Quelle utilité ces débats présentent-ils à l'égard de notre discussion concernant notre conception du droit international imbriqué dans la pensée politique des relations internationales ? Pour comprendre, il suffit de poser la vieille (et malheureuse) question de l'existence du droit international. Pour plusieurs positivistes, un droit sans souverain ni aucun système de sanction hiérarchiquement organisé et en apparence soumis à la loi du plus fort ne peut pas générer de droit. Comme le faisait récemment remarquer le

¹⁰³ *Ibid* à la page 110.

professeur Berman, « [s]ome who study international law fail to find real law there because they are looking for hierarchically-based backed by coercive power¹⁰⁴. »

Ainsi, ceux qui reconnaissent le caractère juridique du système international¹⁰⁵ ne sont généralement disposés à le faire que sur la base d'une conception horizontale et bien souvent transnationale des rapports interétatiques. C'est-à-dire qu'ils ne reconnaissent le droit international que dans la mesure où celui-ci est perçu comme la création d'instruments relativement contraignant conçus et contrôlés par des entités dotées d'une caractéristique essentielle : la souveraineté.

Ce point de vue est d'ailleurs partagé par les réalistes pour qui l'essentiel des relations internationales réside dans la force. Ce point de vue partagé par plusieurs positivistes et réalistes permet de faire valoir à quel point cette école est intellectuellement loin de notre perspective et renforce en conséquence notre position selon laquelle cette approche doit être écartée. Comme le faisait récemment remarquer le professeur Berman: « international relations realists viewed international law as merely a product of state power relations, and positivists dismissed international law entirely because it lacked both sovereign commands and a rule of recognition [...] »¹⁰⁶

À l'opposé, comme nous l'avons vu, du point de vue de Fuller, l'absence de souveraineté transcendant les rapports interétatiques ainsi que l'absence d'un ordonnancement hiérarchique des normes ne sont pas des empêchements à l'existence du droit. D'ailleurs, ces concepts ne sont nullement des conditions d'existence du droit.

¹⁰⁴ Paul Schiff Berman « A Pluralist Approach to International law », (2007) 32 Yal. Jour. Int. L. 301 à la page 315. (Ce que cet auteur nomme l'approche pluraliste du droit international s'insère à l'intérieur de la catégorie plus large du constructivisme juridique, tel que nous le développons dans les pages suivantes.) [Paul Schiff Berman, Pluralist Approach to International law]

¹⁰⁵ Il existe effectivement des distinctions de degré à l'égard de cette question. Voir par exemple Kelsen, *Essence of International Law*, *supra* note 37 qui considère que le droit international, eu égard même à son caractère primitif et imparfait, existe. À la fin de sa vie, Kelsen révisa même sa position initiale sur cette question en considérant que l'ordre juridique international était supérieur au droit interne.

¹⁰⁶ Paul Schiff Berman, Pluralist Approach to International law, *supra* note 104 aux pages 301-302.

Ce rapide exposé permet maintenant d'envisager d'une façon générale notre point de vue méthodologique concernant notre perspective philosophique du droit, les théories des relations internationales et notre approche quant au droit international. Nous avons vu les problèmes généraux que soulève une conception réaliste des relations internationales. De plus, en démontrant les liens qui existent en cette école d'analyse et la tradition positiviste, nous avons mis en exergue les difficultés que présentent pour nous ces approches.

Quant à l'analyse libérale, nous ne pouvons nous résoudre à l'adopter. Comme nous l'avons expliqué, il serait incongru d'analyser les relations juridiques d'un corps public en atomisant celui-ci jusqu'au plus petit dénominateur commun de l'individu. De toute façon, notre approche pluraliste et cosmopolite s'accommode très mal d'une perspective aussi présomptueuse quant aux finalités du système international. Bien que nous ne partagions pas les vues machiavéliques des réalistes¹⁰⁷, il nous semble néanmoins raisonnable d'admettre que les acteurs internationaux ne partagent pas tous les mêmes objectifs, préférences, identités et intérêts. D'ailleurs, tout l'intérêt des thèses cosmopolites et du naturalisme procédural de Fuller réside dans le fait de reconnaître que l'évolution sociale humaine est le résultat d'un processus créatif dynamique¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En effet, la tradition d'analyse réaliste remonte aussi loin que les débuts de la science politique à proprement parler. On trouvera ainsi dans Nicolas Machiavel, *Le Prince*, Librairie générale française, Paris, 1983, les postulats de base de l'école réaliste dans les théories des relations internationales. Par exemple, l'auteur explique aux pages 90 et 94, dans son chapitre intitulé « COMMENT LES PRINCES DOIVENT TENIR LEURS PROMESSES » : « Cependant, l'histoire de notre temps enseigne que seuls ont accompli de grandes choses les princes qui ont fait peu de cas de leur parole et su adroitement endormir la cervelle des gens; en fin de compte ils ont triomphé des honnêtes et des loyaux. [...] Quand il s'agit de juger les actions des hommes, et spécialement des princes qui n'autorisent aucun tribunal d'appel, on ne considère pas les moyens, mais la fin. Qu'un prince choisisse donc celle-ci : la conquête et la préservation de son État. » (nos soulignements)

¹⁰⁸ Notre perspective se situe en effet à mi-chemin entre le machivélisme des réalistes et l'universalisme des juristes idéalistes. Voir à cet effet Paul Schiff Berman, *Pluralist Approach to International law*, *supra* note 106 à la page 321. L'auteur explique que « [i]nstead of trying to stifle legal conflict either through a reimposition of territorialist prerogative or through universalist harmonization schemes, communities might seek (and increasingly are creating) a wide variety of procedural mechanisms and institutions for managing, without eliminating, hybridity. »

Reste donc le constructivisme que les juristes intéressés par les affaires internationales décrivent comme suit :

For constructivists, the international system is best viewed as a social structure wherein law plays a constitutive role through the implicit norms that underlie the entire system. The essential insight is that the participation of States in international regimes (formal and informal) shapes not only the perceived interests of States, but also their very identity. [...] Unlike the neo-liberal institutionalist model, the constructivist analysis does not assume the current existence, or even the ultimate creation, of a shared philosophical framework underlying the interactions of States in the international arena. The assertion is more careful: that some "common meaning" may emerge through the interaction of various actors (including States) in bilateral and multilateral fora; these intersubjective meanings in turn allow for the evolution of legal rules. In this sense, constructivism is more cosmopolitan explanatory model than is neo-liberal institutionalism, which retains a strongly hegemonic flavour¹⁰⁹.

Le modèle politique explicatif du constructivisme a été depuis pensé et articulé en termes juridiques. Pour plus de commodité, nous le nommerons « constructivisme juridique ». Comme son nom l'indique, le constructivisme juridique allie la pensée empruntée aux analystes des relations internationales à une méthodologie juridique. Certains le nomment également théorie interactionnelle¹¹⁰.

Concernant le constructivisme comme tel, c'est essentiellement l'approche dont nous avons traité plus haut¹¹¹. Ainsi, l'objectif premier de notre analyse visera à décrire l'évolution d'une relation juridique internationale afin d'illustrer la construction de l'identité et, partant, des intérêts changeants des acteurs internationaux participant au régime de protection des Grands Lacs. Pour ce faire, il importe plus particulièrement d'expliquer le processus juridique qui découle de cette analyse.

¹⁰⁹ Toope, *Emerging Patterns*, *supra* note 51 à la page 95.

¹¹⁰ Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92 aux pages 43 et suivantes.

¹¹¹ Voir ci-dessus partie I.B.c.

Nous pouvons d'abord noter qu'à l'instar du naturalisme procédural du professeur Fuller, et contrairement au « constitutionnalisme formel »¹¹², le constructivisme juridique n'acquiert pas sa légitimité au travers un processus juridique neutre. En effet, le constructivisme juridique est le résultat d'une activité, d'un processus.

Dans le cadre de ce processus, les normes sont elles-mêmes constitutives et directives en ce sens où le processus décisionnel établit la norme en même temps qu'il définit les acteurs. Aucune structure ni aucune valeur ne prédétermine le processus normatif ; la norme « is neither pure substance nor pure process, but a continuing interplay of legitimate means and legitimate ends »¹¹³.

Pour le constructivisme juridique, tout est fonction de l'entendement commun (*common meaning*) qui se réalise au travers l'interaction des acteurs et le développement d'une normativité sur la base d'une compréhension mutuelle des règles. Les normes « arise, often in embryonic form, from intersubjective meanings which are generated within formal and informal international regimes »¹¹⁴.

Les valeurs et la force obligatoire de la norme, si présentes dans la dogmatique constitutionnelle positiviste, ne sont pourtant pas totalement absentes de la conception juridique constructiviste des relations internationales. Toutefois, pour le constructivisme juridique, le processus octroyant la légitimité des normes repose sur des fondements bien différents que la conception positiviste. À cet égard, l'approche constructiviste considère que la légitimité du processus interactionnel et de la perception commune qui en ressortiront « require [dans ce cadre] transparency, fairness and accountability »¹¹⁵.

¹¹² Toope, *Emerging Patterns*, *supra* note 51 à la page 98. « Formal constitutional requirement »

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid* à la page 102.

¹¹⁵ *Ibid* à la page 98. On pourrait opiner que ces prérequis moraux remplacent dans une large mesure les huit règles procédurales de Fuller.

Si le processus est perçu comme légitime par un respect de ces valeurs sous-jacentes, la force morale obligatoire des normes qui ont émergé sera renforcée par une compréhension intersubjective plus profonde de celle-ci. En ce sens, le rôle des valeurs n'est pas, selon le constructivisme juridique, limité au processus créatif de normes, mais déborde jusqu'à l'adhésion générale des acteurs à ce processus.

En même temps que les acteurs forgent communément la norme, la dynamique interactionnelle forge également les acteurs. À ce sujet, il faut se rappeler les deux postulats du constructivisme selon lesquels l'identité et les intérêts des acteurs internationaux sont le fruit de perceptions elles-mêmes sujettes à changer en fonction des interactions entre les acteurs.

Par conséquent, du point de vue du constructivisme juridique, « [v]alue help to shape regimes and regimes come to affect the self-definition of international actors, which in turn modifies value¹¹⁶. » Cette rhétorique entre les institutions, les valeurs, les normes et les acteurs est finalement le processus par lequel on peut voir l'émergence d'une norme réellement effective.

Cette conception large et éclatée de la normativité et de la pluralité des acteurs que considère l'analyse pluraliste imbriquée dans le constructivisme s'explique en raison de la nature sociologique de l'approche. En effet, le constructivisme juridique, à l'instar de l'approche pluraliste que nous présenterons tout de suite, considère souvent l'aspect juridique des relations internationales d'un point de vue sociologique empirique. Dans ce contexte, le droit est analysé dans le cadre des relations entre les différents acteurs internationaux¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Cette idée a même récemment été développée afin de déterminer la mesure dans laquelle le droit influence le processus de « socialisation » des États. Voir notamment Ryan Goodman et Derek Jinks « International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenge », (2005) 54 *Duke L.J.* 983.

Ainsi, il n'est pas surprenant de discerner au travers les théories pluralistes et constructiviste les prémisses analytiques déjà présentes chez Émile Durkheim et Max Weber¹¹⁸. Ce fondement sociologique explique d'ailleurs en grande partie l'angle descriptif de la théorie juridique du constructivisme. En effet, notre approche sociologique n'a aucune grande prétention prescriptive¹¹⁹.

Encore ici, on est très près du professeur Fuller lorsqu'il explique que la fonction essentielle du droit est de tenter d'atteindre l'ordre social en orientant le comportement des gens¹²⁰.

À la lumière de ce qui précède, nous comprenons maintenant mieux les prémisses théoriques à partir desquelles le constructivisme juridique peut être articulé. Nous ne sommes d'ailleurs pas les premiers à mettre en lumière des liens importants qui existent entre la théorie constructiviste et la conception du droit de Lon L. Fuller¹²¹.

Il découle de ce que nous avons dit plus haut que, pour Fuller et le pluralisme juridique, la loi est une activité créative¹²² déterminée par le contexte social. Elle ne peut être comprise comme un système parfait et définitif, encadré et délimité entièrement par un pouvoir souverain ou un contrat social constitutif. Par conséquent, « [l]aw is not an all-or-nothing proposition¹²³ » pouvant être conçue de façon hiérarchique¹²⁴. Cependant, le caractère hétérarchique de la loi ne doit pas être compris comme une absence

¹¹⁸ En fait, c'est Nicholas Onuf dans *World of Our Making. Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, South Carolina University Press, 1989 qui a, le premier, fait clairement le lien entre la sociologie de Durkheim et Weber et l'approche constructiviste qui était nommée ainsi pour la première fois dans cet ouvrage.

¹¹⁹ Paul Schiff Berman, *Pluralist Approach to International law*, *supra* note 104 remarque à la page 327 que le « [p]luralism is thus a descriptive, not a normative framework. It observes that a various actors pursue norms and it studies the interplay, but it does not propose a hierarchy of substantive norms and values. »

¹²⁰ Fuller, Reply, *supra* note 100.

¹²¹ Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92.

¹²² Fuller, *Morality*, *supra* note 97 à la page 46.

¹²³ *Ibid* à la page 123.

¹²⁴ Fuller, *Morality*, *supra* note 97 notamment à la page 63.

d'effectivité normative. Au contraire, tout le processus dynamique horizontal est l'élément de base de la réussite de l'entreprise de création du droit.

C'est d'ailleurs de cette façon que la loi acquiert un caractère obligatoire et légitime lorsqu'elle est mutuellement construite entre les acteurs¹²⁵. Dans ce cadre interactionnel, la perception et l'interprétation de la norme par les acteurs acquièrent une importance prédominante¹²⁶. On l'aura compris, au travers cette conception juridique de la création de la norme et du pouvoir relatif qu'elle acquiert aux yeux de ceux qui la créent et qui y sont soumis¹²⁷, l'interaction entre les acteurs subsume tout autre objectif que l'on peut donner à la loi.

La seule finalité systémique et, d'un point de vue juridique, le seul fondement prescriptif de notre approche, consiste à rechercher et à demander le maintien d'espaces discursifs. « In an interactional model of law, process is part of the ends that law serves because inclusive processes reinforce the commitments of participants in the system to the substantive outcomes achieved by implicating participants in their generation¹²⁸. »

b. Intérêt de la théorie pour l'étude de la capacité internationale des États fédérés

Ce qui précède rend assez clair les raisons pour lesquelles nous croyons que seule notre approche nous permet de répondre correctement aux difficultés que pose notre problématique.

¹²⁵ Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92, aux pages 51 et 52.

¹²⁶ Fuller, *Morality*, *supra* note 97 à la page 91. En ce sens, la possibilité d'erreur de perception (« false consciousness ») est une possibilité bien réelle de la part d'un acteur.

¹²⁷ Les auteurs parlent d'une relation gouvernant-gouverné. Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92 à la page 52.

¹²⁸ *Ibid* à la page 53.

En effet, il est loin d'être évident que le modèle réaliste en matière d'analyse des relations internationales nous permette d'aborder sérieusement l'étude de notre sujet. Les États fédérés n'étant pas formellement reconnus comme des États au sens strict, il serait même douteux dans cette perspective de poser la question que nous soulevons. En effet, seule la question de l'action internationale de l'État canadien prise en un bloc mériterait vraiment attention.

Nous rejoignons encore ici une certaine pensée positiviste pour qui le souverain est l'une des conditions d'existence du droit. Or, pour ce type de positivisme, les États fédérés ne possèdent pas pleinement cet attribut essentiel. De toute façon, pour les tenants de ce type de positivisme, l'existence même du droit international est en soi très douteuse, notamment en raison de son absence de structure hiérarchique et de pouvoir coercitif centralisé. À ce chapitre, il est également intéressant de noter qu'il en est de même pour l'État fédéral au sein duquel la souveraineté est, par définition, divisée entre les États fédérés et l'État fédéral.

Notre approche permet de résoudre à la fois ces deux difficultés. En gardant à l'esprit notre perspective pluraliste et constructiviste, nous croyons éviter les difficultés propres à la méthodologie des écoles de pensée dominantes. Surtout, la perspective pluraliste permet d'envisager le droit en dehors des frontières de l'État souverain et à partir de la diversité des acteurs qui le créent continuellement¹²⁹.

Cette remarque nous permet enfin d'esquisser nous-même un complément théorique au constructivisme que nous avons adopté comme modèle. Celui-ci, en effet, a été développé principalement en réaction au postulat de l'école réaliste selon lequel l'État a

¹²⁹ À ce sujet, Paul Schiff Berman, *Pluralist Approach to International law*, *supra* note 104 explique d'ailleurs à la page 308 que « (...) the important points for the current generation of international law theorists are that we need to think of international law as a global interplay of plural voices, many of which are not associated with the state, and that we need to focus on how norms articulated by a wide variety of communities end up having important impact in actual practice, regardless of the degree of coercive power those communities wield. » (nos soulignés)

des intérêts et une identité prédéterminés. Or, si cette prémisse de la prédétermination du caractère de l'État est rejetée par l'école constructiviste classique, celle-ci ne rejette pas toutefois nécessairement l'hypothèse de la préexistence de l'État comme acteur unique des relations internationales¹³⁰. De la même façon, l'école pluraliste n'est pas pleinement satisfaisante puisqu'elle ne met pas assez l'emphasis sur la question des intérêts et de l'identité : deux éléments d'analyse qui restent essentiels pour le sujet que nous voulons décrire : les relations internationales des États fédérés. Nous croyons que notre approche permet de faire la synthèse de ces deux courants complémentaires en offrant un cadre analytique adapté à notre objet qui se retrouve à cheval entre l'État, à proprement parler, et la myriade d'autres sujets du droit international.

Reste maintenant la question de la cloison que nous avons cru apercevoir entre le droit constitutionnel interne des États et l'analyse internationale des relations extérieures des États fédérés. Nous avons vu que la tendance persistante chez les auteurs était de favoriser un traitement au plan interne de la question internationale qui, paradoxalement, est perçue comme un problème de droit constitutionnel public. Nous avons aussi vu sommairement que le droit international, particulièrement le mécanisme instauré par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, favorisait dans une certaine mesure ce repli vers le confort du droit constitutionnel.

Toutefois, cela ne veut nullement dire qu'une cloison réelle empêche une analyse intégrée de la question. Comme nous le verrons, le discours du droit international est beaucoup plus souple qu'il n'y paraît sur cette question. D'ailleurs, nous verrons qu'une lecture correcte des règles qu'il suppose s'insère harmonieusement à l'intérieur de notre cadre théorique, le constructivisme juridique.

¹³⁰ C'est d'ailleurs, selon nous, le sens d'une critique qui est faite au courant constructiviste. En effet, Joshua S. Goldstein et Sandra Whitworth (pour l'édition canadienne), *International Relations*, Pearson Longman, Toronto, 2005 expliquent à la page 123 que « constructivists are not particularly critical in orientation, because of their focus on an otherwise realist issue (state interest). » (Nos soulignés).

Ainsi, même si l'on était porté à croire que les règles constitutionnelles n'intéressent pas le droit international et que seuls les États pleinement souverains ont une capacité internationale, le droit international permet pourtant à une grande variété d'acteurs d'entrer en relation. D'ailleurs, le droit international et le droit constitutionnel des États sont eux-mêmes constitutifs du processus discursif générateur de normes. En fait, cette dialectique entre le droit interne constitutionnel et le droit international fait expressément l'objet de l'analyse propre à l'école pluraliste. Comme le fait, par exemple, remarquer le professeur Berman, « [lorsque] a statement of norms is slowly internalized by a population, that statement will have important binding force, often even more so than a formal law backed by state sanction¹³¹. »

En fait, nous démontrerons, par l'exemple de la problématique relative au partage des compétences constitutionnelles en matière de relations internationales au Canada, que l'approche « droit public interne » est peut-être plus le résultat d'une attitude prudente de la part des auteurs. Comme nous le verrons tout de suite, la raison de cette prudence réside probablement dans le fait que la question de la capacité internationale des États fédérés est bien souvent une question délicate et controversée à l'interne que plusieurs se proposent donc de résoudre à ce niveau.

¹³¹ Paul Schiff Berman, *Pluralist Approach to International law*, *supra* note 104 à la page 323. Nous illustrerons dans la partie III le bien-fondé de cette proposition lorsque nous décrirons la dynamique ayant opéré lors de la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs. Au même effet, le professeur Peter J. Spiro, « The Boundaries of Cosmopolitan Pluralism » (2005) 51 *Wayne L. Rev.* 1261 explique qu'en matière de droits de la personnes « as communities find themselves subject to substantial overlaps, as the *we* and the *they* become less distinct, especially with respect to basic values relating to individual right, it becomes logical to draw on comparative and international sources by way of informing, and perhaps dictating, domestic constitutional norms. » Pour plus de détails sur ce sujet, voir Peter J. Spiro « Treaties, International law, and Constitutional Rights », (2003) 55 *Stan. L. Rev.* 1999 et Peter J. Spiro « Globalization and the (Foreign Affair) Constitution », (2003) 55 *Stan. L. Rev.* 1999.

II. CAPACITÉ DES ÉTATS FÉDÉRÉS DANS LE RÉGIME FÉDÉRAL INTERNATIONAL

Malgré la flexibilité et la souplesse dont fait preuve le discours du droit international à bien des égards, il serait incorrect de simplement affirmer que celui-ci accepte aisément l'idée selon laquelle les États fédérés participent à son développement. Il existe en effet une problématique autour de cette question. Cette problématique découle principalement du flottement théorique qui existe à l'égard de deux postulats toujours vivants en droit international. Comme un auteur l'expliquait récemment :

Current doctrine seems to suggest that [sub-State] agreements will not be governed by international law, but rather by one or a number of national laws. This doctrine is derived from two principles: first, the principle of unity of action of the State at the international level; and second, the lack of legal personality of sub-State entities in the international sphere.¹³²

Pourtant, ces deux propositions nous semblent hautement incertaines, voire même fausses. Nous verrons dans le point A que tant le discours du droit international que la dynamique canadienne réfutent la première proposition décrite ci-dessus. En effet, ni le droit international ni le droit constitutionnel ne posent le principe de l'unicité des actions de l'État. De toute façon, la pratique canadienne suggère plutôt qu'une diversité de voix compose déjà les positions du pays sur la scène internationale.

Dans un second temps, nous verrons dans la partie B qu'une lecture ontologique du droit international suggère fortement que les États fédérés ont une personnalité juridique internationale. Plus précisément, une analyse critique des concepts sur lesquels s'appuie la personnalité juridique des États souverains n'exclut nullement les États fédérés comme sujet du droit international – bien au contraire.

¹³² Eyal Benvenisti, *Domestic Politics and International Resources: What Role for International Law?*, dans Michael Byers (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000 à la page 126.

Nous terminerons le point C en esquisant une hypothèse plausible du fonctionnement du système global opérant sur ces prémisses. Nous démontrerons sommairement que le système juridique international partage certains traits caractéristiques d'une fédération.

A. Repères, positions et comportements des acteurs concernés

a. Discours du droit international

Nous avons vu plus haut le flottement juridique qui résulte de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. En effet, il est évident que le droit international a toujours été hésitant à répondre franchement à la question de savoir à qui appartient la capacité internationale dans le contexte d'un état fédéral. Les publicistes de tradition continentale ont bien compris et observé l'effet de cette ambiguïté et concluent tous que la réponse à cette question est variable. En fait, nous pourrions résumer en disant que, de leur point de vue, le droit international laisse le soin aux acteurs concernés (*i.e.* l'état central et les États fédérés) de répondre à cette question.

Par exemple, Joe Verhoeven, spécialiste en matière de reconnaissance des nouveaux États, estime, dans son fameux traité de droit international public, que le droit constitutionnel est le critère qui détermine la capacité des États fédérés puisque les États sont libres de s'organiser comme ça leur plaît. Voici comment il s'exprime sur le sujet :

Il appartient au droit constitutionnel de chaque État de conférer à ses composantes régionales [États fédérés, régions, provinces, cantons, Länder, communautés, etc.] les moyens d'une autonomie (pouvoir, ressort territorial, etc.) sans laquelle toute personnification internationale est vide de sens. Dès lors que le droit des gens laisse chaque État parfaitement libre de s'organiser comme il lui plaît, c'est à celui-ci seul qu'il revient de décider de la mesure dans laquelle il entend faire coexister en son sein des autorités autonomes, des actes desquelles il doit seul, en principe, assumer la responsabilité dans l'ordre juridique international¹³³.

¹³³ Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 à la page 272.

Le célèbre et regretté juriste français Nguyen Quoc Dinh est du même avis. En effet, il estime également que c'est au droit constitutionnel qu'il revient de répondre à la question de savoir si un État fédéré possède ou non la capacité internationale.

D'autres difficultés peuvent surgir du fait de la participation d'entités décentralisées, et, en particulier, d'États membres d'un État fédéral, à un traité. Elle pose deux problèmes bien distincts qu'il convient de ne pas confondre : celui de la capacité de l'entité à conclure un traité et celui de l'imputation du traité à un tel sujet.

En ce qui concerne le premier point, le droit international renvoie au droit interne : une institution décentralisée peut conclure un traité si cette capacité lui est reconnue par le droit constitutionnel de l'État dont elle relève, étant entendu que les autres États ne sont jamais tenus de conclure un traité avec une telle entité mais qu'ils sont libres de le faire¹³⁴.

Il importe cependant de préciser que cette opinion n'est pas partagée par tous. À ce sujet, nous avons été étonné de constater les divergences qui existent entre les publicistes de tradition continentale et ceux de tradition anglo-saxonne. Alors que les premiers soutiennent l'opinion dont nous avons fait état, et à laquelle nous nous rallions, les publicistes anglo-saxons, lorsqu'ils abordent la question, nient dans une large mesure la légalité du phénomène. D'autre part, même si certains peuvent être disposés à reconnaître un rôle limité aux États fédérés en droit international en raison des dispositions constitutionnelles qui les régissent, ils semblent mal saisir la réalité canadienne. Ainsi, pour le professeur Brownlie :

However, where the union originated as a union of independent states, the internal relations retain an international element, and the union may act as agent for the states. (...) In Canada, the federal government has the exclusive power to make treaties with foreign states¹³⁵.

¹³⁴ Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, 6^{ième} éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999 à la page 188.

¹³⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pages 58-59. Pour sa part, le réputé professeur italien Antonio Cassese soutient qu'étant donné que dans la plupart des fédérations, comme le Canada, c'est le gouvernement central qui exerce exclusivement la capacité internationale, les États fédérés n'ont pas un tel pouvoir. Antonio Cassese, *International Law*, 2^{ième} éd., Oxford, Oxford University Press 2004 à la page 71.

Étant donné la qualité douteuse des sources de ces publicistes concernant la réalité constitutionnelle canadienne, nous croyons préférable d'écarter leurs opinions.

Ceci étant posé, il importe évidemment maintenant de voir ce qu'il en est au Canada.

b. Les positions canadienne et québécoise

Au Canada, il est encore aujourd'hui juste de parler de *position* lorsque l'on tente d'expliquer le droit positif relatif à la question de la capacité internationale sur les matières de compétence provinciale. En effet, les sources formelles du droit constitutionnel n'offrent aucune réponse expresse à cette question. Bien sûr, la doctrine a été féconde et les tentatives de réponses sont nombreuses. Malgré tout, la question reste aujourd'hui encore formellement irrésolue et fait en conséquence l'objet de nombreux débats¹³⁶.

Cela étant dit, nous ne soutenons pas que la question est insoluble. Nous sommes d'avis qu'une approche organique des documents constitutionnels et des principes développés par la jurisprudence mène à la conclusion que les provinces ont la capacité internationale¹³⁷. Toutefois, nous tenons ici à souligner que ni les textes ni la jurisprudence constitutionnels n'offrent de réponse expresse.

¹³⁶ Dans sa thèse, le professeur Hugo Cyr a recensé une soixantaine de publications sur le sujet. Voir Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers: Existential Communities, Functional Regimes and the Canadian Constitution*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007 [non-publié] [Hugo Cyr, *Treaty Powers*] à la note 41.

¹³⁷ En ce sens, nous abondons dans le sens de l'analyse et des conclusions de la thèse du professeur Cyr, *ibid.*

En ce qui concerne les textes, il est important de rappeler qu'ils sont absolument silencieux sur cette question. La seule évocation du sujet est l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui indique que :

Le parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers¹³⁸.

La présence d'une telle disposition était évidemment logique à une époque où le Canada n'était encore qu'une colonie de l'Empire britannique. L'émancipation subséquente de la fédération canadienne n'a cependant rien produit de plus clair au chapitre de la compétence en matière de relations internationales. Autrement dit, aucun des textes ayant consacré l'acquisition graduelle par le Canada de son indépendance face à l'Empire britannique ne traite de la question de la capacité internationale des deux ordres de gouvernement. En effet, ni le *Statut de Westminster*¹³⁹ ni la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴⁰ n'abordent directement cette problématique.

De la même façon, la jurisprudence constitutionnelle n'a jamais offert de réponse précise à la question de la capacité internationale. Même si la Cour suprême du Canada a parfois émis des opinions sur le sujet¹⁴¹, aucune décision ne permet encore de connaître clairement quel est l'état du droit positif.

¹³⁸ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 132.

¹³⁹ *Statut de Westminster*, Statut de Westminster (1931), 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.). Même s'il est vrai que ce statut a accordé la personnalité juridique internationale au Canada, le document ne traite aucunement de la question des rôles respectifs des provinces et du gouvernement central sur cette question.

¹⁴⁰ *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹⁴¹ Voir par exemple les décisions de la Cour suprême du Canada concernant le *Labour conventions case*, où la Cour a parfois semblé être tentée de rejeter l'avis du Conseil privé (*MacDonald c. Vapor*, [1997] 2 R.C.S. 134 aux pages 168 à 169, *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618 à la page 621, *Capital Cities Communications Inc. c. Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141 aux pages 154 à 155 et *Thompson c. Thompson* [1994] 3 R.C.S. 551,). Par contre, à au moins une autre occasion, cette Cour a laissé entendre le contraire en *obiter dictum* (*Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112).

Pour l'heure, c'est toujours le fameux *Labour Convention Case* du Conseil privé qui contient les principes autour desquels s'articule la réflexion sur la problématique. Dans cette affaire, le Conseil privé devait décider si le gouvernement fédéral pouvait mettre en œuvre trois conventions qu'il avait ratifiées, en l'espèce des conventions internationales portant sur des normes minimales de travail.

Après avoir mis en relief les éléments essentiels de la structure de la fédération canadienne, le Conseil privé concluait alors que la mise en œuvre des traités n'était pas une matière indépendante dans l'acte de l'Amérique du nord britannique (aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867*). Le Conseil privé considéra plutôt que le pouvoir de mettre en œuvre les traités est sujet au même partage des compétences que celui inscrit dans l'acte de l'Amérique du nord britannique. De cette façon, si un traité porte sur des sujets relevant d'un champ de compétence provinciale, c'est uniquement ce gouvernement qui peut légitimement mettre en œuvre les obligations qu'il comprend¹⁴².

Malgré cela, des divergences subsistent toujours aujourd'hui sur la portée de ce principe. En fait, le gouvernement fédéral et certaines provinces (avec le Québec au premier rang) interprètent de façons radicalement différentes les principes développés par le Conseil privé dans l'affaire que nous venons d'évoquer.

Pour le Québec, l'essence de la position se trouve dans la fameuse doctrine Gérin-Lajoie du nom du non moins fameux ministre de l'éducation dans le gouvernement Lesage, Paul Gérin-Lajoie. Environ un mois après avoir signé les premières ententes de coopération en éducation avec la France, le ministre Gérin-Lajoie venait expliquer son point de vue aux dignitaires réunis sur le parquet du corps consulaire de Montréal. Car des explications, certains en avaient grand besoin puisque la signature récente des dites ententes avec la France avait créé une petite tempête politique au Canada.

¹⁴² *Labour Conventions case*, *supra* note 16.

Pourtant, ce que le ministre venait exposer ce soir là n'était rien d'autre qu'un simple syllogisme juridique en accord avec les précédents constitutionnels. Ainsi, malgré la révolution (tranquille) qui était en cours, la thèse que le ministre proposait n'avait rien de séditieux, bien au contraire.

À l'appui de sa thèse, le ministre expliqua d'abord que le Québec possède tous les attributs d'un État, à savoir un territoire, un gouvernement et une population. Pour le ministre de l'éducation, ces attributs doivent être remis dans le contexte particulier du Québec qui constitue « l'expression politique d'un peuple qui se distingue, à nombre d'égards, des communautés anglophones habitant l'Amérique du Nord¹⁴³. »

Le ministre rappela ensuite qu'au Canada, il est depuis longtemps acquis que les provinces sont pleinement souveraines dans leurs champs de compétences respectifs. À ce sujet, le ministre cita le passage bien connu de l'affaire *Hodge v. R.* où le Conseil privé a expliqué que :

[The provincial legislatures] are in no sense delegates of or acting under any mandate from the Imperial Parliament. When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances¹⁴⁴.

Fort de ce principe bien établi en droit constitutionnel canadien, le ministre rappela ensuite la décision du Conseil privé dans l'affaire des conventions selon laquelle la mise en œuvre des traités est sujette aux mêmes restrictions et divisions que le partage des

¹⁴³ Discours de Paul Gérin-Lajoie devant le corps consulaire de Montréal, *supra* note 18.

¹⁴⁴ *Hodge v. R.*, [1883] 9 A.C. 117

compétences¹⁴⁵. Sur la base de ces principes, le ministre Gérin-Lajoie concluait que « [d]ans tous les domaines qui sont complètement ou partiellement de sa compétence, le Québec entend désormais jouer un rôle direct, conforme à sa personnalité et à la mesure de ses droits¹⁴⁶. »

Pour le gouvernement fédéral, il n'est évidemment pas question de laisser les provinces agir à leur guise en matière de relations internationales et ce, même dans le strict cadre de l'exercice de leurs compétences constitutionnelles exclusives. Ainsi, tous les gouvernements fédéraux, tous partis confondus, n'ont jamais accepté la doctrine Gérin-Lajoie. La raison principale de cette attitude découle d'une idée si bien implantée en droit et en relations internationales, que le fédéral est saisi de frayeur à la perspective de devoir y déroger.

En effet, se percevant, depuis le rapatriement de la constitution en 1982, comme un État pleinement souverain, le gouvernement fédéral, croyant être le fiduciaire des intérêts du Canada dans son ensemble, a toujours considéré que ce seul statut lui permettait de suppléer au défaut de reconnaissance expresse de sa compétence en matière de relations internationales dans les documents constitutionnels. Autrement dit, le gouvernement fédéral considère que seuls les États souverains ont le statut nécessaire pour pouvoir jouir de la capacité internationale et qu'il est, lui, l'incarnation unique de la souveraineté canadienne.

Cette perception n'est d'ailleurs pas étrangère à un autre argument fréquemment soutenu par les tenants d'un pouvoir fédéral exclusif sur les relations internationales. Ces derniers soutiennent en effet qu'il serait plus efficace et cohérent que le gouvernement fédéral soit l'unique responsable des relations internationales. Conclure autrement serait, selon les tenants de cette thèse, dangereux puisque les homologues du Canada ne seraient pas intéressés à négocier et à conclure des ententes en raison de l'incapacité du

¹⁴⁵ *Labour Conventions Case*, *supra* note 16.

¹⁴⁶ Discours de Paul Gérin-Lajoie devant le corps consulaire de Montréal, *supra* note 18.

gouvernement à mettre en œuvre les ententes¹⁴⁷. En somme, le gouvernement fédéral soutient que le Canada devrait parler d'une seule voix¹⁴⁸.

Enfin, sur le plan juridique, le fédéral s'en remet souvent à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le gouvernement fédéral estime en effet que le rapatriement de la constitution et l'acquisition de son indépendance impliquent une interprétation actualisée de cet article.

En somme, on comprend que la lecture que font les deux ordres de gouvernement des précédents constitutionnels diffère drastiquement. Mais qu'en est-il donc en réalité ? Dans les faits, la réponse à cette question est plus complexe.

c. Ce qui se fait

La réponse est plus complexe car, en dépit de la position du gouvernement fédéral, le Canada ne parle pas et n'a jamais parlé d'une seule voix. En fait, c'est plutôt le contraire qui est la norme. En effet, c'est plutôt une pluralité de voix que les représentants des gouvernements font entendre.

D'ailleurs, cette doctrine voulant qu'un État doive parler d'une seule voix n'est même pas respectée lorsque le gouvernement fédéral s'exprime sur des sujets touchant sa compétence. On peut imaginer dans ce contexte la difficulté que représenteraient la coordination et la représentation des intérêts de plus de treize provinces et territoires aux intérêts divergents et parfois même opposés ! En fait, nous verrons par les exemples qui suivent que la conduite des affaires extérieures du Canada est plus souvent qu'autrement

¹⁴⁷ Hugo Cyr, *Treaty-Making Power*, *supra* note 136 à la page 62.

¹⁴⁸ La manifestation la plus récente et claire de cette position a été réaffirmée en 2005 par le ministre des affaires étrangères libéral de l'époque, Pierre Pettigrew, qui a provoqué une levée de bouclier au Québec en affirmant que la doctrine Gérin-Lajoie était dépassée. Voir Robert Dutrisac, « «Le Canada doit parler d'une seule voix» Pettigrew relègue aux oubliettes la doctrine Gérin-Lajoie », *Le Devoir*, 2 septembre 2005, en ligne : Site du journal Le Devoir, <http://www.ledevoir.com/2005/09/02/89594.html>.

un concert où de nombreuses voix se font effectivement entendre. Voyons voir pourquoi.

D'abord, il est faux de prétendre, comme nous le disions, que le gouvernement fédéral parle d'une seule et même voix sur les matières qui le concernent. La raison en est simple. Comme aujourd'hui « presque chaque activité ministérielle à un prolongement international¹⁴⁹ », il est évident que pratiquement chaque ministère doit s'occuper, à un moment ou un autre, de relations internationales. Un exemple clair et très près de notre problématique est très certainement l'environnement. N'est-ce pas là un problème global ? Certes, et c'est pourquoi le ministère de l'environnement du Canada « ne s'intéresse plus qu'aux enjeux locaux et régionaux, mais aussi aux défis d'envergure mondiale¹⁵⁰ ».

Si le Canada parlait vraiment d'une seule voix sur la scène internationale, ne serait-il pas plus logique de donner la compétence exclusive au ministère des Affaires étrangères de relever les défis environnementaux d'envergure mondiale ? On nous répondrait sûrement que c'est pour des questions de commodité, de cohérence, de spécialisation et de savoir-faire qu'en cette matière il est préférable que ce soit le ministère de l'Environnement qui s'occupe de ces choses. Peu importe les raisons, on conçoit aisément dans ce contexte qu'il est faux de prétendre que le gouvernement fédéral parle véritablement d'une seule voix au sens strict.

Bien sûr, on nous objectera que les ministères se coordonnent et qu'en définitive, une seule voix se fait entendre, celle du gouvernement du Canada. Même si nous rejetons une vision aussi idéaliste de la cohérence administrative et gouvernementale, il nous

¹⁴⁹ Stéphane Paquin, *Une réforme indispensable*, Le Devoir, 9 mars 2005, Site du journal Le Devoir, en ligne à : <http://www.ledevoir.com/2006/06/24/112387.html>

¹⁵⁰ Site d'Environnement Canada, pages des relations internationales, en ligne à : http://www.ec.gc.ca/international/index_f.htm. Le professeur Hugo Cyr retient exactement le même exemple dans sa thèse de doctorat lorsqu'il plaide la nécessité d'aligner le pouvoir avec l'expertise. Hugo Cyr, *Treaty-Making Power*, *supra* note 136 à la page 214..

apparaît évident que même si les provinces avaient un rôle international encore plus important, une coordination horizontale serait assurément mise en œuvre et pourrait donner sensiblement le même résultat qu'un dialogue inter-ministériel. D'ailleurs, certaines tentatives sont déjà en marche !

A ce sujet, le professeur Cyr souligne qu'il existe de nombreuses stratégies permettant de parler d'une seule voix. Il rappelle par exemple qu'en matière d'éducation, les provinces et le fédéral travaillent depuis longtemps ensemble à articuler des positions communes dans le cadre du Conseil des ministres de l'éducation (CMEC). Cet organisme, qui regroupe les ministres de l'éducation des treize (13) provinces et territoires, collabore depuis 1977 avec le ministère des affaires étrangères afin de faire des recommandations, notamment sur la composition des délégations¹⁵¹.

D'ailleurs, notre étude de cas (partie III) illustre dans une large mesure l'impossibilité de parler d'une seule voix. Qu'il nous soit pour l'instant suffisant de souligner qu'il serait présomptueux de penser qu'une organisation politique puisse œuvrer d'une façon aussi cohérente, stricte et définie que l'idéal proposé par le gouvernement fédéral.

Ici encore, le constructivisme juridique enrichi de la pensée pluraliste fournit une clé analytique éclairante permettant de dédramatiser le débat et de le voir pour ce qu'il est. En fait, l'élément essentiel qu'il s'agit de retenir de cette discussion, c'est de voir que l'idéal voulant que l'État ne parle que d'une seule voix ne peut réalistement être atteint. De la même façon, la présomption selon laquelle l'environnement international se résume à un jeu de relations entre entités unitaires appelées « États souverains » ne peut raisonnablement tenir. En fait, notre analyse reconnaît et s'intéresse plus particulièrement à la réalité de la pluralité et du concert des voix. Et pour cause, une multitude de sujets différents forme la vaste société de la communauté internationale.

¹⁵¹ *Ibid* aux pages 204 et 205.

B. Nouvelle ontologie des sujets internationaux

Dans le cadre de ce travail, il est évident que nous présumons l'existence d'une personnalité juridique internationale à de nombreux États fédérés en général et à la province de Québec en particulier. Toutefois, il importe, à ce point-ci de notre travail, d'expliquer ontologiquement les fondements juridiques de notre démarche.

Comme nous l'avons déjà évoqué de différentes façon, nous concevons l'État fédéré comme un moyen terme entre la forme idéale de l'État souverain en droit international public et un sujet indéterminé du droit international public. Plus précisément, nous démontrerons qu'un État fédéré fonde et acquière sa personnalité juridique internationale de la même façon qu'un État pleinement souverain, tout en possédant cette caractéristique particulière d'être une entité non-pleinement souveraine.

À cet égard, toute notre analyse consistera à décortiquer les deux concepts ontologiques fondamentaux en droit international public, à savoir l'État et la souveraineté. En ce qui concerne l'État, nous démontrerons que son existence même est subordonnée à la reconnaissance internationale, élément qui conditionne sa capacité d'entrer en relation avec les autres sujets du droit international. Nous démontrerons que ces deux éléments mis ensemble subsument les autres critères juridiques formels et fondent la personnalité juridique internationale des États pleinement souverains et permettent, de la même façon, de donner vie aux États fédérés.

Nous procéderons sensiblement de la même façon en ce qui concerne la souveraineté. En démontrant la faiblesse relative de ce concept d'un point de vue du droit positif, nous mettrons en lumière les raisons pour lesquelles il ne peut être invoqué comme un élément permettant de discriminer l'État fédéré comme sujet du droit international. Au contraire, notre discussion sur ce sujet étayera notre point de vue selon lequel la souveraineté telle qu'exercée par les États fédérés est prise en compte par le droit international public.

a. Conditions d'existence de l'État

Nous avons évoqué sommairement dans la partie I A les critères juridiques enchâssés dans la *Convention de Montevideo*¹⁵² représentant les éléments constitutifs de l'État. L'article 1 de cette convention précise qu'un État est constitué de (1) une population permanente, (2) un territoire déterminé, (3) un gouvernement et (4) une capacité d'entrer en relations avec les autres États. À l'article 2, on prévoit que l'État fédéral constitue une seule personne aux yeux du droit international¹⁵³. Suivant cette logique, une communauté ayant ces caractéristiques particulières devrait *de jure* être un État aux yeux du droit international. Suivant cette même logique, il serait peut-être même exclu de pouvoir penser des relations internationales pour les entités « infra-étatiques ». Pourtant, même la doctrine la plus formaliste ne soutient pas une telle interprétation du discours du droit international.

En ce qui concerne la reconnaissance internationale en tant que telle, aucun ne prétend que ce phénomène peut être enfermé dans la formule rigide prévue à l'article 1 de la *Convention de Montevideo*. L'opinion générale est plutôt à l'effet que la reconnaissance d'État est un acte motivé par des motifs étrangers ou périphériques aux critères prévus dans la *Convention de Montevideo*. Sur ce sujet, voici d'ailleurs comment s'exprime Pierre-Marie Dupuy dans son traité de droit international :

Quoi qu'il en soit, et d'une façon plus générale, l'incohérence manifeste de la pratique étatique et l'inconsistance de bien des membres des Nations Unies à l'égard des principes de la *Charte des Nations Unies* incitent à rappeler la persistance de considérations essentiellement politiques à l'origine des reconnaissances d'État ou des actes qui leur sont assimilables (reconnaissances d'acquisitions territoriales par un État, notamment). On ne saurait oublier trop vite la distance qui continue à séparer la logique normative de sa réalisation effective par les conduites étatiques ; dans sons essence, la reconnaissance demeure rebelle au conditionnement juridique autant que sa pratique est réfractaire à la systématisation doctrinale¹⁵⁴. (nos soulignés)

¹⁵² *Convention de Montevideo*, *supra* note 25. Le Canada n'y est pas partie.

¹⁵³ *Ibid* « The federal state shall constitute a sole person in the eyes of international law. »

¹⁵⁴ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2004, à la page 98 [Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*]. Voir également Claude Emanuelelli, *Droit international public*,

Toutefois, et malgré que nous partageons généralement l'opinion du professeur Dupuis que nous venons de citer, nous tenons néanmoins à nous élever contre une réponse juridique aussi vide de sens que le critère de *considérations politiques* qu'utilise le professeur français. Nous avons déjà convenu que tout droit est politique. En soi, cette expression creuse ne peut nullement conférer une quelconque légalité au phénomène. Il faut plus. En effet, pour qu'un phénomène soit saisi par le droit, il doit être intégré de manière formelle à l'intérieur de son système de référence ; le phénomène doit être « reconnu » par le droit.

En fait, il est plus plausible de penser que cette notion de *considérations politiques* sous-entend tout un système de références d'idées mutuellement construites et de facteurs de reconnaissance enchâssés dans des concepts juridiques souples et malléables. Ces concepts n'en sont pas moins fondés juridiquement. Même s'il est vrai que ceux-ci sont instrumentalisés dans le cadre de la mise en œuvre d'une certaine philosophie politique par les États qui les expriment, il n'en reste pas moins que ces concepts sont puisés à même les sources du droit international positif¹⁵⁵.

À cet égard, la doctrine a, avec raison, proposé certains concepts étrangers à la *Convention de Montevideo* pour démontrer l'existence d'autres fondements juridiques de l'État en droit international. Ainsi, des auteurs ont argumenté que des concepts tels le respect des principes démocratiques, l'indépendance étatique, l'expression par l'entité de sa volonté d'être reconnu comme un État, le respect du principe de la légalité interne, le traitement respectueux des minorités, la conformité avec les principes de la *Charte des*

supra note 31 au même effet à la page 254. (La pratique révèle que la reconnaissance d'État (ou de gouvernement) est bien un acte discrétionnaire qui est influencé par des considérations politiques.)

¹⁵⁵ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 59 Stat. 1055, T.S. No. 993, art. 38 « Les conventions, la coutume, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ainsi que, d'une façon auxiliaire, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. »

Nations Unies et la reconnaissance internationale étaient souvent tout aussi importantes que les critères prévus à la *Convention de Montevideo*¹⁵⁶.

Malgré tout, il est évident que les critères inscrits à la *Convention de Montevideo* restent encore aujourd'hui importants. Toutefois, nous convenons que, à l'instar des autres critères proposés par différents auteurs, une population permanente, un territoire déterminé, un gouvernement et la capacité d'entrer en relations avec les autres États sont des critères largement indéterminés, réfractaires à la systématisation doctrinale et difficilement appréciables sur le plan positif. Traitons donc sommairement du flottement conceptuel de chacun de ces éléments.

En ce qui concerne la population, le critère n'est pas contestable en soi, mais est aujourd'hui entendu différemment à la lumière des développements juridiques d'après-guerre. Rappelons à cet effet que la *Convention de Montevideo* a été signée en 1933, soit avant l'avènement des instruments juridiques développés après la Seconde grande guerre, notamment la *Charte des nations unies*. Ainsi, à cette époque, des concepts tels le droit à l'autodétermination et la prise en compte des droits internationaux de la personne n'avaient pas l'ampleur qu'ils ont aujourd'hui. Par conséquent, il est logique de constater qu'à l'heure actuelle, la population n'est plus en soi un critère. Le concept est plus diffus et se confond dans les autres critères et facteurs discursifs déterminant la reconnaissance d'État. Ainsi en est-il par exemple du critère du gouvernement représentatif ou du respect des minorités. C'est pourquoi, supposons-nous, Thomas D. Grant, dans sa proposition de critères, ne reprend plus la population en tant que telle mais l'évoque plutôt comme fondement sous-jacent à d'autres critères¹⁵⁷. De toute façon, pris littéralement, ce critère est quelque peu tautologique, voire absurde. En effet, sans population, que peut bien gouverner un gouvernement ?

¹⁵⁶ Voir à ce sujet Thomas D. Grant, *Defining Statehood*, *supra* note 26 aux pages 437 à 447.

¹⁵⁷ *Ibid*, aux pages 450 et 451.

Cela nous amène donc au critère du gouvernement. Sans entrer dans les détails et les nombreuses formes que peut prendre un gouvernement légitime, nous pourrions résumer en faisant, comme le professeur Dupuy, la comparaison entre la reconnaissance d'État et de gouvernement. Ainsi, à l'instar de la reconnaissance d'État, la reconnaissance de gouvernement « demeure subordonnée à des considérations d'opportunité politique la rendant rebelle à toute systématisation doctrinale¹⁵⁸. »

Eu égard à notre compréhension du terme *considérations politiques*, il nous semble logique que ce soit effectivement le cas. Encore ici, les composantes du discours menant à la reconnaissance d'un gouvernement reposent généralement sur différents concepts juridiques faisant l'objet d'un entendement commun. Ainsi, et pour prendre un exemple contemporain, le gouvernement du Hamas n'a pas de problèmes de reconnaissance internationale pour de vagues considérations politiques, mais plutôt, entre autres choses, en raison du soutien financier qu'il est censé apporter aux groupes terroristes¹⁵⁹. Or, cette question fait justement l'objet d'un développement normatif qui s'est sensiblement accru ces dernières années¹⁶⁰. Par conséquent, il apparaît qu'en dépit de la catastrophe humanitaire créée dans la bande de Gaza par ce refus de reconnaître le Hamas comme un gouvernement légitime, une certaine forme de légalité était sous-jacente dans le discours des gouvernements occidentaux qui ont tout fait pour justifier juridiquement leurs décisions. D'ailleurs, cette problématique particulière de la reconnaissance de gouvernement est également à l'œuvre dans le critère du territoire.

¹⁵⁸ Pierre-Marie Dupuy, Droit international public, *supra* note 154 à la page 101.

¹⁵⁹ Pour le discours canadien, voir notamment Le Monde, *Le Canada suspend son aide et tout contact avec le gouvernement du Hamas*, Le Monde, 30 mars 2006, Site du Centre de recherche en mondialisation, En ligne : <http://www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=2205>. Pour une analyse générale sur la légitimité du gouvernement du Hamas voir Michael Herzog « Can Hamas be Tamed ? », (2006) 85 Foreign Aff. 83.

¹⁶⁰ Voir notamment la fameuse résolution 1373 du Conseil de sécurité intitulée *Sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Rés. CS. 1373, Doc. Off. CS. NU, 55^{ème} sess., Doc. NU S/RES/1373, 2001. Sur l'importance de cette résolution sur le plan juridique, voir Paul Szasz « The Security Council Starts Legislating? », (2002) 94 (4) Am. J. Int. L. 901.

En effet, le critère du territoire, qui signifie tant la possession d'un territoire défini que son contrôle effectif par un gouvernement reconnu (*uti possidetis*), est l'objet d'une application très irrégulière depuis un bon moment déjà. Par exemple, James Crawford faisait remarquer en 1979 que des États annexés de 1936 à 1940 avaient néanmoins continué à jouir de la personnalité juridique internationale. Ainsi, bien que les gouvernements polonais, yougoslave et tchèque, pour ne nommer que ceux-là, avaient perdu tout pouvoir effectif sur leurs territoires respectifs, ces derniers conservaient néanmoins la reconnaissance internationale, à tout le moins par les alliés¹⁶¹.

Ce flottement conceptuel autour de la question territoriale est si récurrent sur le plan historique que Thomas D. Grant remarque en concluant sur cette question qu'un « extensive set of state-like competencies was thus recognized in entities lacking any territorial foothold, and, more remarkably, never having had a territorial foothold¹⁶². »

En ce qui a trait au critère de la capacité internationale, il faut d'abord noter que c'est celui qui a été le plus discuté et critiqué en doctrine. Pour bien comprendre la nature de la critique qui est faite à son égard, il faut souligner que la codification des critères discutés reflète en partie une certaine idée de l'État dans la théorie du droit international qui prévalait entre les deux grandes guerres. À ce sujet, Thomas D. Grant fait remarquer que le contexte dans lequel la *Convention de Montevideo* a été conçue « suggest that the notion of statehood is, at least, historically contingent. » Ainsi, s'il était évident en 1933 que la capacité internationale était un attribut exclusif de l'État, les développements d'après-guerre (1939-45) ont ébranlé cette idée généralement acquise. Nous traiterons de cette question plus amplement dans la partie b. iv. ci-dessous lorsque nous traiterons de la multiplicité des souverainetés internationales. Qu'il nous soit utile de dire pour l'instant que ces changements font en sorte qu'aujourd'hui, la capacité internationale est exercée par de nombreux acteurs non-étatiques. En conséquence, la capacité

¹⁶¹ James Crawford, *The Creation of State in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979 aux pages 78 et 79. [James Crawford, *Creation of State*]

¹⁶² Thomas D. Grant, *Defining Statehood*, *supra* note 26 à la page 436.

internationale n'est plus tellement vue comme un attribut constitutif de l'État, mais bien plutôt comme un effet, une conséquence du caractère étatique d'une entité. Comme l'expliquait le professeur Crawford, la capacité d'entrer en relation « is not a criterion, but rather a consequence, of statehood, and one which is not constant but depends on the status and situation¹⁶³. » Thomas D. Grant précise d'ailleurs que c'est un point de vue généralement partagé en doctrine¹⁶⁴.

Eu égard à ce qui précède, et conformément à notre perspective constructiviste, il semble logique de se rallier à l'opinion d'Oppenheim en ce qui concerne la condition d'existence essentielle de l'État en droit international public : la reconnaissance internationale. Pour Oppenheim, « [a] State is, and becomes, an International Person through recognition only and exclusively¹⁶⁵. » L'acte de reconnaissance est donc ce qui intègre le phénomène par ailleurs politique qu'est l'État au système juridique international.

Toutefois, en ce qui nous concerne, cette condition suppose plus que le seul acte de reconnaissance dans le processus de constitution de la personnalité juridique internationale. En fait, c'est plutôt aux conséquences subséquentes de l'acte de reconnaissance que nous nous intéressons. En effet, il est évident qu'une fois reconnu par un ou des homologues, un acteur international se voit la possibilité d'entrer en relations avec ses partenaires qui le reconnaissent désormais comme un vis-à-vis légitime. Autrement dit, ce sont les relations internationales subséquentes qui

¹⁶³ James Crawford, *Creation of State*, *supra* note 161 à la page 47.

¹⁶⁴ Thomas D. Grant, *Defining Statehood*, *supra* note 26 à la page 434, note 115.

¹⁶⁵ Robert Jennings and Arthur Watts (dir.), *Oppenheim's International Law : a Treatise*, 9^{ième} éd., London, Longman, 1994 à la page 125. Une nuance s'impose ici toutefois. Bien que nous prenions apparemment le parti de la doctrine constitutive en droit international, nous ne tranchons toutefois pas définitivement la question. Il existe évidemment des raisons, notamment sociologiques, qui conditionnent et définissent la constitution d'une communauté humaine et qui peuvent, en bout de ligne, militer en faveur de la doctrine déclarative. Toutefois, une discussion sur ce sujet déborde évidemment le cadre de ce travail. Nous nous bornerons donc malheureusement au point de vue positiviste formel selon lequel les constitutions étatiques forment une marque tangible de l'existence d'un acteur qui, s'il est par ailleurs reconnu par certains homologues, acquiert une personnalité juridique internationale.

consolident la personnalité juridique internationale d'un acteur dont la reconnaissance internationale est, affirmons-nous, l'acte constitutif¹⁶⁶. À notre avis, c'est d'ailleurs exactement le sens des propos d'André Patry, théoricien de la doctrine Gérin-Lajoie, qui expliquait récemment, à propos de la genèse des relations internationales modernes du Québec, que « [c]'est la France qui nous a sortis de notre isolement sur le plan international. Elle nous a introduits au monde¹⁶⁷. » En somme, nous croyons encore ici observer l'effet de la dynamique juridique interactionnelle. En effet, une fois reconnu, un État (fédéral, fédéré ou unitaire) développe avec ses homologues une relation qui consolide sa personnalité juridique dans le cadre d'un processus interactionnelle dynamique.

Cela dit, il est important de répéter que nous ne rejetons pas les autres critères comme n'ayant aucune pertinence dans le processus de constitution de l'État. Nous supposons plutôt que les critères juridiques formels contenus dans la *Convention de Montevideo* et les autres reconnus par la doctrine sont des éléments discursifs de reconnaissance. Ces mêmes éléments, supposons-nous, sont mutuellement construits et généralement partagés par les États comme critères permettant d'étayer une décision de reconnaître ou non un État et, ainsi, de lui donner vie. En fait, comme nous l'avons évoqué dans nos considérations théoriques, il nous apparaît que les critères juridiques formels sont largement subsumés par celui de la reconnaissance internationale.

D'ailleurs, cette indétermination a également comme conséquence de permettre à de nombreux États fédérés (voire tous les États fédérés), des entités qui ne seront jamais pleinement souveraines, de rencontrer scrupuleusement chacun des critères énumérés dans la *Convention de Montevideo*. Comme le reconnaît d'ailleurs Thomas D. Grant, « [a] number of Sub-Units of federations would meet the Montevideo Criteria of the

¹⁶⁶ Sur les différences entre la doctrine de la constitution et la doctrine déclaratoire dans la genèse des États, voir généralement Stefan Talmon, « The Constitutive versus the Declaratory Doctrine of Recognition », (2004) 74 Brit. Y. B. Int. L. 101.

¹⁶⁷ Brian Myles, *De Gaulle et sa célèbre déclaration – 40 ans plus tard*, Le Devoir, 21 et 22 juillet 2007, Site du journal Le Devoir, en ligne à : <http://www.ledevoir.com/2007/07/21/151032.html>

State [and] could stand as independent states more effectively than any number of members of the United Nations General Assembly¹⁶⁸. »

En effet, qui pourrait raisonnablement soutenir que la province de Québec n'a pas de gouvernement, de population, de territoire et que, malgré plus de 550 ententes internationales signées et ratifiées, elle n'a aucune capacité internationale ? Malgré tout, personne ne soutiendrait qu'à l'heure actuelle, le Québec est un État pleinement souverain. Et pourtant...

b. La souveraineté

Et pourtant, l'idée même de souveraineté, idée cardinale tant en droit international public qu'en politique internationale, ne constitue pas une idée aussi définie et facilement identifiable que ce que l'on laisse généralement entendre. Il est archi-commun de prétendre que la souveraineté est une, indivisible et inaliénable. Pourtant, une analyse critique de ses éléments constitutifs en droit international public suggère plutôt que cette notion est problématique et diverge à bien des égards des éléments qu'on lui suppose. Plus précisément, nous verrons que les formes de la souveraineté internationale sont poreuses, disloquées et multiples.

De ce point de vue, nous verrons qu'il devient moins évident de dire qu'un État fédéré ne possède d'aucune façon une souveraineté lui permettant d'exercer d'une certaine façon une capacité internationale. Mais avant d'entreprendre notre discussion critique de ce

¹⁶⁸ Thomas D. Grand, *Defining Statehood*, *supra* note 26 à la page 439. À ce sujet, l'apparente difficulté que pose l'article 2 de la *Convention de Montevideo* est facilement surmontable. En effet, nous ne contestons pas, par exemple, que le Canada constitue une seule personne aux yeux du droit international. Toutefois, il nous semble raisonnable de supposer que cet article n'exclut pas l'existence d'autres personnalités constituant l'ensemble canadien. Ainsi, le fait que le Québec ait une personnalité juridique internationale, ne change rien au fait que le Canada constitue une seule et même personne aux yeux du droit international. Autrement dit, nous interprétons seulement l'article 2 d'une façon non mutuellement exclusive.

concept essentiel, il importe de préciser ce qu'entend le droit international lorsqu'il se fonde sur la notion de souveraineté.

i. Nature et typologie

La doctrine positiviste regorge de définitions de la notion de souveraineté. La seule présentation des acceptions les plus connues dépasserait certainement le cadre du présent mémoire. Toutefois, les commentaires généraux qui suivent permettent à notre avis de présenter clairement notre point de vue sur la question et les conséquences que nous tirons de la difficulté qui existe à bien cerner le concept.

Qu'il nous soit pour l'instant suffisant de noter que cette notion fuyante, incertaine et changeante fait l'objet de nombreux débats et provoquent des remises en question systématiques. Comme le notait un observateur attentif, « history confirms that the essential nature of sovereignty is less than absolute and certainly not universal¹⁶⁹. »

Malgré d'abondantes divergences sur le concept de souveraineté, celui-ci reste cardinal dans tout débat sur les fondements et la mécanique du droit international. Pourquoi ? Car, en résumé, on peut avancer sans trop se tromper que cette notion partage des liens intimes et indissociables avec le concept d'État. D'ailleurs, sur les plans interne et international, la tendance générale est de confondre ces deux notions.

Or, toute cette conception selon laquelle la souveraineté est un des socles qui fondent la personnalité juridique internationale cadre très mal avec le portrait éclaté que nous offrent aujourd'hui la pluralité d'acteurs internationaux et leurs réseaux complexes d'interdépendance. Comme le suggérait Neil MacCormick à propos de la théorie moderne qui enferme la souveraineté dans les murs opaques de l'État, « [o]ne thing

¹⁶⁹ John D. Montgomery, *Sovereignty in Transition*, dans John D. Montgomery (éds.), *Sovereignty Under Challenge*, London, Transaction Publishers, 2002 à la page 4.

which it is necessary for jurisprudence or the philosophy of law to do in the present state of affairs is to guard against taking a narrow one-state or Community-only perspective, a monocular view of these things. The difficulty about sovereignty theory is that it seems to point inevitably in that direction¹⁷⁰. »

Probablement pour ces raisons, un regain d'intérêt est depuis peu discernable dans la théorie du droit. Certains auteurs ont essayé de re-conceptualiser la souveraineté afin de l'harmoniser à la réalité de ce début de XXI^{ème} siècle¹⁷¹. Plus près de notre cadre d'analyse et toujours dans le créneau post-moderne qui lie la réalité du monde au cadre post-positiviste de la construction sociale des faits, nous croyons important de nous positionner clairement en présentant la définition de la souveraineté que nous retiendrons. Conformément au postulat fondamental du constructivisme selon lequel l'interaction est la dynamique fondamentale qui permet de créer les idées nécessaires au développement des structures juridiques, nous retenons une définition de la souveraineté qui replace cette dernière au centre d'un espace discursif. Certes, les idées caractéristiques de la souveraineté tels le pouvoir suprême, l'ordre et l'identité politique d'une communauté ne sont pas évacuées. Elles sont simplement replacées dans leur cadre social dynamique et changeant qui est lui-même le fruit d'un certain nombre d'idées socialement construites et mutuellement partagées¹⁷². Enfin, cette définition dynamique permet surtout d'éviter de se buter immanquablement aux frontières opaques de l'État. Ainsi conçue, la souveraineté est, pour le professeur Neil Walker :

The discursive form in which a claim concerning the existence and character of a supreme ordering power for a particular polity is expressed, which supreme ordering power purports to establish and sustain the identity and

¹⁷⁰ Neil MacCormick « Beyond the Sovereign State », (1993) 56 Mod. L. Rev. 1 à la page 5. [MacCormick, Beyond Sovereign State]

¹⁷¹ Pour une analyse fondée sur l'approche de l'école de New Haven en droit international voir Winston P. Nagan et Craig Hammer « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », (2004) 43 Colum. J. Trans'l J. 141.

¹⁷² Sur ces questions, le lecteur aurait tout intérêt à consulter Thomas J. Biersteker et Cynthia Weber (dir.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

status of the particular polity qua polity and to provide a continuing source and vehicle of ultimate authority for the juridical order of that polity¹⁷³.

Dans le même ordre d'idée, il en est de la typologie de la souveraineté comme de ses éléments de définition que l'on retrouve chez les penseurs modernes : des idées qui cadrent mal avec la réalité juridique actuelle. Nous verrons en effet dans les pages qui suivent que les types de souveraineté auxquels fait généralement référence le discours du droit international sont remplis de contradictions et qu'à l'instar de la notion d'État, ses différentes formes se mesurent souvent mal à l'épreuve de la réalité.

Concernant la typologie de la notion de souveraineté tant en droit qu'en politique internationale, nous utiliserons principalement celle proposée par le professeur Krasner dans le cadre de ses ouvrages récents¹⁷⁴. Pour Krasner, il existe trois formes essentielles de souveraineté aux yeux du droit international : la souveraineté juridique internationale, la souveraineté Westphalienne/Vettalienne et la souveraineté interne.

Pour Krasner, la *souveraineté Westphalienne*¹⁷⁵ ou *Vettalienne*¹⁷⁶ fonde essentiellement le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'un État. De ce principe découle le droit pour chaque État de déterminer indépendamment de toute pression externe ses

¹⁷³ Neil Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, dans Neil Walker (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003 à la page 6.

¹⁷⁴ Stephen D. Krasner, *Problematic Sovereignty* dans Stephen D. Krasner (dir.), *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*, New York, Columbia University Press, 2001. [Krasner, *Problematic Sovereignty*] Dans cet ouvrage, le professeur Krasner proposait quatre types de souveraineté. Trois ans plus tard, il laissera tomber la notion de souveraineté interdépendante dans Krasner, *Hole in the Whole*, *supra* note 19. Nous ferons de même en nous restreignant aux trois formes de souveraineté que nous allons présenter.

¹⁷⁵ En référence aux *Traités de Westphalie* (Paix de Westphalie) de 1648 vus comme le fondement juridique de l'autonomie des États modernes.

¹⁷⁶ Pour Krasner, il est plus précis de parler de souveraineté Vettalienne en référence au juriste suisse Emmerich de Vattel qui, dans son ouvrage *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* de 1758, faisait pour la première fois clairement le lien entre la souveraineté et le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'une nation par une autre. Ainsi, au paragraphe 54, chapitre 4 du livre II intitulé *No Nation has the right to Interfere in the Government of Another State*: « It is an evident consequence of the liberty and independence of nations, that all have a right to be governed as they think proper, and that no state has the smallest right to interfere in the government of another. Of all the rights that can belong to a nation, sovereignty is, doubtless, the most precious, and that which other nations ought the most scrupulously to respect, if they would not do her an injury. »

propres institutions politiques et son gouvernement. Aux yeux du droit international positif, c'est l'image selon laquelle l'État constitue une boîte noire aux yeux du droit international public. Sur ce point, c'est un euphémisme de dire que « the rule of non-intervention has frequently been violated¹⁷⁷. » Nous démontrerons plutôt que la souveraineté Vettalienne est de nos jours très poreuse.

Pour le professeur Krasner, la *souveraineté interne* réfère aux institutions internes et à leurs efficacités. Comme nous l'évoquions juste avant, pour plusieurs positivistes, cette souveraineté est censée reposer dans les mains d'un seul souverain tout puissant qui exerce son emprise sur la population comprise à l'intérieur d'un territoire. Nous verrons plutôt que cette forme de souveraineté est en bien des endroits disloquée.

La dernière forme est la *souveraineté juridique internationale*. Elle concerne le statut politique d'une entité dans le système juridique international. Ce statut politique est lui-même fondé sur la reconnaissance par les autres sujets du droit international de l'existence de l'État comme d'un homologue aux droits égaux. Cet homologue jouirait aussi de certains privilèges, tels l'immunité diplomatique et le caractère extraterritorial de ses ambassades et consulats. Évidemment, la souveraineté juridique internationale donne à l'entité investie de ce statut la capacité internationale qui permet à un sujet de signer et ratifier des ententes.

Krasner précise enfin que « [t]he basic rule for international legal sovereignty is that recognition is extended to states with territory and formal juridical autonomy¹⁷⁸. » À ce sujet, nous sommes d'accord avec le professeur pour dire que cette forme de souveraineté « has been widely, but not universally respected¹⁷⁹. » En fait, nous démontrerons que cette forme de souveraineté n'est nullement réservée aux États

¹⁷⁷ Krasner, *Hole in the Whole*, *supra* note 19 à la page 1077.

¹⁷⁸ *Ibid*, à la page 9.

¹⁷⁹ Krasner, *Hole in the Whole*, *supra* note 19 à la page 1077.

possédant un territoire et une entité politique autonome, mais qu'elle embrasse au contraire aujourd'hui une multiplicité d'acteurs.

ii. Porosité de la souveraineté Westphalienne/Vettalienne

La porosité de la souveraineté Westphalienne/Vettalienne s'observe à deux endroits distincts le long d'un continuum juridique allant de l'action politique et du discours des pouvoirs publics au discours juridique provenant des organes judiciaires internationaux. Dans un cas, il s'agit plutôt d'une constatation objective d'une violation du principe par les pouvoirs politiques (*i.e.* les États). Dans l'autre, il s'agit d'un changement sensible dans le discours du droit international public tel qu'il s'exprime par le biais de ses sources.

La première manifestation de la porosité de la souveraineté, et la plus ancienne, découle de violations répétées du principe de non-ingérence dans les affaires d'un État. Il est possible d'observer ces violations par une étude rapide de l'histoire politique depuis la consécration de la paix westphalienne¹⁸⁰. Comme nous le disions, cette forme de violation de la souveraineté westphalienne n'est pas reconnue comme telle par les sources du droit international. Elle découle plutôt d'une attitude récurrente dans le comportement des États à l'égard de leurs vis-à-vis.

Par exemple, John Owen a recensé, entre les années 1555 à 2000, plus de cent quatre vingt dix-huit (198) opérations visant clairement à changer des régimes internes par des États ayant recouru à l'usage de la force pour y arriver. Selon l'auteur, ces opérations se sont intensifiées durant les périodes de conflits idéologiques. Ainsi, ces opérations ont été particulièrement fréquentes lors des réformes et des contre réformes de la chrétienté

¹⁸⁰ Les exemples donnés pour appuyer notre point de vue concernant la violation de la souveraineté Westphalienne/Vettalienne proviennent principalement de l'article de *ibid*, Krasner, Hole in the Whole, *supra* note 19 aux pages 1079 à 1084.

(période pré-westphalienne), au moment de la période de la révolution française (1789-1849) et, plus près de nous, au cours de la guerre-froide¹⁸¹.

Au cours de cette dernière période, la violation du principe du premier type de souveraineté était aussi évidente qu'anodine. En ce qui concerne la stratégie de l'Union Soviétique, il est difficile de ne pas être d'accord avec le professeur Krasner lorsqu'il constate que « the Soviet Union essentially imposed communist regimes on those countries that were occupied by the Soviet military at the end of the Second World War and continued directly to penetrate some of the authority structures of these states after communist regimes were established¹⁸². » Pour leur part, les États-Unis ont usé d'une stratégie similaire à la fin de la Seconde grande guerre en s'assurant de la création d'États libéraux au Japon et en Allemagne¹⁸³, pour ne nommer que ces exemples les plus connus.

Plus près de nous, et en dehors de ces périodes de conflits idéologiques, il peut être instructif de rappeler la forme d'ingérence exercée par l'Union Européenne lors de la dissolution de la Yougoslavie au début des années 1990. À cette époque, l'Union Européenne avait conditionné la reconnaissance des nouvelles républiques à certaines garanties concernant le respect des droits des minorités ethniques et nationales¹⁸⁴.

Nous pourrions même aller un peu plus loin en soulignant, comme l'ont fait certains auteurs, que l'idée contemporaine que nous nous faisons de la paix Westphalienne contredit certains principes enchâssés dans les traités de Osnabrück et de Münster. Comme le fait remarquer le professeur Beaulac, ces deux traités contenaient des

¹⁸¹ John Owen « The Foreign Imposition of Domestic Institution », (2002) 56 Int'l. Org. 375 aux pages 375 à 377.

¹⁸² Krasner, *Hole in the Whole*, *supra* note 19 à la page 1079.

¹⁸³ *Ibid* à la page 1080.

¹⁸⁴ European Community, Treaty Provisions for the Convention (Carrington Report) U.N. Doc. S/23169 annex VII (1991).

dispositions concernant le respect des droits religieux¹⁸⁵, dispositions qui contredisent évidemment le principe de l'indépendance donnée aux États pour déterminer leurs fonctionnements internes.

Bien entendu, on peut nous objecter que ces différents exemples ont très peu à voir avec le contenu réel du droit international puisque nous pouvons toujours faire l'hypothèse que les États ayant fait l'objet d'ingérence ont consenti à cette intrusion (parfois de manière rétroactive...) ou que la violation de la règle n'est pas en soi la preuve de son inexistence. De la même façon, on pourrait argumenter que ces violations n'ont jamais fait l'objet d'une reconnaissance dans les sources du droit international. Pourtant, des développements récents en droit international public suggèrent le contraire.

En effet, un changement de philosophie est discernable, notamment, dans la jurisprudence de la *Cour internationale de justice* (ci-après CIJ) sur cette question. Ainsi, les affaires récentes où la Cour a été confrontée à l'application du principe de la boîte noire constituent, pour beaucoup, une remise en question de ce même principe¹⁸⁶.

Une bonne partie du contentieux sur cette question découle du refus des États-Unis de respecter le droit de tout ressortissant de pouvoir communiquer avec son État d'origine lorsqu'il est en état d'arrestation. Plus précisément, dans la longue saga judiciaire opposant les États-Unis et divers pays, il était reproché aux premiers de ne pas respecter la procédure prévue à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*¹⁸⁷ alors même que les détenus avaient commis un meurtre punissable par la peine de mort. En

¹⁸⁵ Stéphane Beaulac « The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality? », (2000) 2 J. Hist. Int'l L. 170 aux pages 170 à 172.

¹⁸⁶ Dans cette partie, nous abordons la notion de boîte noire comme un sous-ensemble de la souveraineté Westphalienne/Vettalienne. En effet, alors que la souveraineté Westphalienne/Vettalienne signifie que chaque État doit pouvoir organiser indépendamment de toute pression externe ses institutions politiques internes, la notion de boîte noire est définie en droit international comme le principe selon lequel le droit international lie l'État et non ses organes (ministère, institution, États fédérés dans le cas des fédérations) étant donné que ces mêmes organes sont censés être invisibles aux yeux du droit international. Pour la définition de boîte noire, voir Ward, *Out of the Black Box*, *supra* note 43 aux pages 53 et 54.

¹⁸⁷ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261.

fait, les États-Unis ont à plusieurs occasions fait l'objet de poursuites pour n'avoir pas observé la procédure de notification prévue à l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, qui vise à ce que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants des États d'envoi soit facilité. Dans ces affaires, les pays hôtes demandaient que l'État américain concerné sursoie à l'exécution de leurs ressortissants.

À leurs décharges, les États-Unis, représentés par le gouvernement fédéral devant la CIJ, ont systématiquement invoqué le droit interne qui prévoit généralement que ce sont les États qui ont compétence sur les matières criminelles en vertu de la constitution américaine. Autrement dit, le gouvernement fédéral prétendait être dans l'impossibilité de mettre en œuvre des obligations qui incombaient aux États.

La CIJ, manifestement frustrée par cette attitude qui a permis aux États-Unis de ne pas donner suite correctement aux ordonnances qu'elle avait prononcées un an plus tôt dans l'affaire connue sous le nom de *Breard*¹⁸⁸, a par la suite formulé ses ordonnances dans un sens différent de l'idée que l'on se fait généralement du principe de non-ingérence dans les affaires internes.

Ainsi, au lieu de simplement ordonner que « le Gouvernement des États-Unis prenne les mesures nécessaires pour faire en sorte que M. Breard ne soit pas exécuté tant que la décision n'aura pas été rendue en la présente instance¹⁸⁹ » la CIJ a manifestement ouvert la boîte noire dans l'affaire *Lagrand* en affirmant que « le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-

¹⁸⁸ *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis)*, [1998] C.I.J. rec. 248. Voir notamment les ordonnances sur les mesures provisoires.

¹⁸⁹ *Ibid.* Ces propos respectent scrupuleusement le principe de non-ingérence dans l'organisation interne de l'État, puisque la CIJ n'indique nullement *comment faire* et ne fait porter aucune obligation aux organes de l'État censés être invisibles aux yeux du droit international. Par ces propos, la CIJ rappelle simplement l'obligation internationale qui découle d'un traité auquel sont partis les États-Unis.

Unis¹⁹⁰. » Dans ses affaires subséquentes sur des sujets similaires, la CIJ fera des remarques de même nature¹⁹¹.

D'ailleurs, la CIJ n'est pas le seul tribunal judiciaire à tenter une incursion dans les méandres des boîtes noires étatiques. Comme le fait remarquer Ward Ferdinandusse, la « ICJ is not alone in its efforts to speak directly to relevant actors within the State. In fact, it is only taking the first cautious steps on a path where other international courts have made considerable progress¹⁹². »

Même si que toutes ces affaires soient éclairantes, il nous semble que l'affaire *LaGrand* reste très à propos eu égard à notre discussion. En effet, cette affaire pose en termes clairs la problématique particulière du partage des compétences à l'intérieur d'une fédération. Comme le faisait remarquer l'équipe éditorial de la revue de droit de Harvard à propos de cette affaire, « this framework thus yield the implausible notion that states are too sovereign to be subjected to federal compulsion when they violate treaty but not sovereign enough to be held accountable for those violations of the international plane¹⁹³. »

Pourquoi alors faire porter toute la responsabilité à l'autorité centrale sachant très bien qu'elle ne sera pas en mesure de faire respecter l'ordonnance ? Probablement en raison d'un autre présupposé toujours très vivant en droit selon lequel la souveraineté est

¹⁹⁰ *LaGrand*, *supra* note 45, par. 28 de la décision sur les ordonnances.

¹⁹¹ Ainsi dans l'affaire *Cumaraswamy* (*Différent relatif à l'immunité d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, [1999] C.I.J. rec. 62) la CIJ a reconnu directement des obligations à l'organe judiciaire de l'État malaisien en déclarant au paragraphe 67 que « les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction (...). »

¹⁹² Ward, *Out of the Black Box*, *supra* note 43 à la page 80. L'étude de Ward à cet égard est très intéressante et instructive, mais dépasse malheureusement le cadre de ce travail. Qu'il nous soit donc simplement utile d'énumérer rapidement les principaux tribunaux internationaux ayant fait des avancées considérables sur ces questions : Cour européenne de justice, Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Tribunal international pour l'ex-yougoslavie et la procédure de règlement des conflits de l'OMC.

¹⁹³ Note « Too Sovereign but not Sovereign Enough: Are U.S. States Beyond the Reach of the Law of Nations? » (2003) 116 Harv. L. Rev. 2654 à la page 2664.

indivisible. Pourtant, une analyse sérieuse de l'idée que l'on se fait généralement en droit interne démontre que, pour une bonne partie du monde, la souveraineté n'est rien de telle.

iii. Dislocation de la souveraineté interne

À tout le moins, il nous semble que, dans le cadre des États fédéraux, la question de la souveraineté devrait se poser autrement que dans le cadre d'un État unitaire puisque le principe veut que le fédéralisme repose sur une « method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, co-ordinate and independant¹⁹⁴. » Faut-il par ailleurs préciser que dans le cadre d'une fédération, cette division des pouvoirs n'est évidemment pas qu'une simple question administrative. Cette division touche un aspect beaucoup plus sensible et fondamental pour les communautés concernées. Suivant la Cour suprême du Canada dans son célèbre *Renvoi sur la sécession du Québec*¹⁹⁵, le principe du fédéralisme a une dimension sociale bien plus significative qu'une simple question de partage administratif des responsabilités. En plus de sa dimension fonctionnelle, le principe du fédéralisme permet le développement et l'accomplissement d'une pluralité de communautés aux caractéristiques parfois foncièrement différentes¹⁹⁶. Comme la Cour l'explique elle-même :

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays

¹⁹⁴ Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, London, Oxford University Press, 1963 à la page 10.

¹⁹⁵ *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 S.C.R. 217 [*Renvoi sur la Sécession du Québec*].

¹⁹⁶ Ce que le professeur Hugo Cyr a nommé les communautés existentielles qui peuvent être définies comme des « communities through which individual' selfhood is constituted by a deep sense of "love", of loyalty and of identity, etc. to the other members of the group. In other words, an existential community is what makes it possible for the self to transcend the individual. Those communities, from the internal point of view of committed members, are ends and not means. » Hugo Cyr, *Treaty Powers supra* note 136 aux pages 301 et 302.

facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité.¹⁹⁷

C'est d'abord cette autonomie et cette indépendance enchâssées dans les constitutions des États fédéraux *stricto sensu* que nous nommons souveraineté disloquée. Nous verrons ensuite sommairement que l'organisation entre États européens produit sensiblement le même effet. Enfin, nous verrons que les plus récents développements en droit international suggèrent également une telle dislocation de l'idée de la souveraineté.

En ce qui concerne la dislocation de la souveraineté des États fédéraux, il peut être utile de souligner que ce constat a été fait depuis longtemps et qu'il constitue un des premiers arguments majeurs dans le développement de la pensée pluraliste en droit. De ce point de vue, même s'il peut apparaître banal d'en faire à nouveau état, cet argument, malgré son évidence, semble encore aujourd'hui avoir certaines difficultés à être compris.

Il faut donc retourner, encore ici, aux idées du professeur Fuller. En effet, en 1963 celui-ci faisait valoir que « [i]n our country (le système fédéral américain) today the citizen in any given state is subject to two distinct systems of law, that of the federal government and that of the state¹⁹⁸. » Évidemment, c'est exactement la même chose au Canada où « [...] anyone [...] is subject to the law of the Parliament of Canada [...] and the legislature [...] ¹⁹⁹. » D'ailleurs, la dislocation des souverainetés est loin d'être un phénomène nouveau ou une excentricité des systèmes fédéraux. Comme le faisait remarquer un peu plus loin le professeur Fuller, « [h]istorically, dual and triple systems

¹⁹⁷ Renvoi sur la Sécession du Québec, *supra* note 195 par. 58.

¹⁹⁸ Fuller, *Morality*, *supra* note 97 à la page 123. Plus précisément, c'est la réponse que Fuller servait à certains de ses détracteurs. « A possible second objection to the view taken here is that it permits the existence of more than one legal system governing the same population. The answer is, of course, that such multiple systems do exist and have in history been more common than a unitary system. »

¹⁹⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (édition pour étudiant) Toronto, Thompson, 2001 à la page 104.

have functioned without serious friction, and when conflict has arisen it has often been resolved by some kind of voluntary accommodation²⁰⁰. »

Aussi, plusieurs exemples contemporains démontrent clairement que la dislocation des souverainetés est une chose commune qui ne surprend pas vraiment. Un exemple contemporain et assez clair nous vient sûrement de l'Union européenne. Comme le faisait remarquer il y a peu de temps un document de travail de la Chaire Jean Monnet de la Faculté de droit de l'Université Harvard portant sur la constitution européenne en développement :

A language that takes a traditional concept of a nation-state as a legitimate and hierarchically organised authority over a people and a given territory with the monopoly over the use of force for granted, misses much of the current reality of modern European nation-states and of the European Union (EU) itself. At least, we need to distinguish between *formal* and *material* sovereignty, the latter being defined in degrees of the capacity for autonomous action. As to the former, sovereignty is already divided, as well as shared, to a large extent between EU authorities and the Member States. As to material sovereignty, neither the EU nor the modern welfare states enjoy the capacity for autonomous action of a 19th Century nation-state²⁰¹.

Mais ce n'est pas tout. L'interdépendance entre les nations, résultat direct de la mondialisation, a elle aussi eu pour effet de disloquer un peu partout sur la planète les différentes souverainetés. À cet égard, le développement d'un droit administratif international est particulièrement éclairant²⁰². En effet, il faut déduire de ces observations récentes que les lignes de dislocation ne sont plus simplement l'apanage

²⁰⁰ Fuller, *Morality*, *supra* note 97 à la page 124. Fuller fait ici référence à plusieurs organisations. L'archétype historique des nombreux ordres juridiques est sûrement l'époque médiévale « with its patchwork of overlapping and incomplete right of government, which were inextricably surimposed and tangled and in which different juridical instances were geographically interwoven and stratified, and plural allegiances, asymmetrical suzerainties and anomalous enclaves abounded. Voir John Gerard Ruggie « Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations », (1993) 47 Int'l. Org. 139 aux pages 149 et 150.

²⁰¹ Tanja A. Börzel et Thomas Risse « Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi-Level Governance System? », *Symposium Responses to Joschka Fischer, Jean Monnet Chair, Harvard Law School, Working Paper No. 7/100*, 2000 à la page 5.

²⁰² Voir par exemple Nico Krisch « The Pluralism of Global Administrative Law? » (2006) 17 Eur. Int. Jour.'l. 247, David Dyzenhaus, « The Rule of (Administrative) Law in International Law? » IILJ Working Paper 2005/1.

des États fédéraux ou des organisations supranationales. À l'heure actuelle, il est possible d'affirmer, sans se tromper, que les *citoyens du monde* sont soumis à plusieurs ordres juridiques : un ou plusieurs étant nationaux et l'autre ou les autres étant internationaux²⁰³.

Pour conclure sur ce point, il est important de souligner que cette dislocation a des effets sensibles pour une bonne partie de la population mondiale. En fait, même la plus conservatrice des perspectives nous permet d'affirmer que loin d'être marginal, la dislocation de la souveraineté est connue et vécue par une partie importante de la population mondiale. Seulement en ce qui concerne les fédérations en tant que telle, il faut rappeler que plus de vingt cinq (25) pays comprenant plus de quarante pour cent (40%) de la population mondiale ont adopté ce mode d'organisation politique. Ajoutons à cela tous les citoyens de l'Union européenne et peut-être même ceux du reste du monde, il ne reste plus beaucoup de personnes pouvant affirmer vivre sous un régime de souveraineté indivisible.

En reste-t-il pour affirmer que la souveraineté est une ? Nous pensons que non, puisque les manifestations juridiques internationales de la souveraineté internationale, dont l'une des plus importantes est sûrement la capacité internationale, se déclinent depuis fort longtemps au pluriel.

²⁰³ Les recours individuels auprès des organes internationaux par voie de pétition en seraient un bon exemple. Par exemple, l'article 23 du règlement de la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* prévoit que « toute personne ou tout groupe de personnes, ou toute entité non gouvernementale légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'OEA peuvent présenter à la Commission des pétitions, en leur nom propre ou au nom de tiers, pour dénoncer toute violation présumée de l'un des droits humains reconnus, selon le cas, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme [...] » OÉA, Commission Interaméricaine des droits de l'homme, 49^{ième} sess., *Règlement de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. Off. OEA/Ser.L/VII.17, doc. 26, (1980). Sur le rapport entre la souveraineté et les droits humains voir généralement Henkin, *Human Rights and State Sovereignty*, *supra* note 21.

iv. Pluralité de la souveraineté juridique internationale

Débuter une discussion en posant des termes telle la *souveraineté juridique internationale* est en soi un peu trompeur. D'un point de vue formaliste traditionnel, la souveraineté internationale ne peut être exercée que par un corps politique qui possède une autorité suprême et définitive sur une population et un territoire, à savoir l'État. C'est ainsi que Krasner l'entend lui-même lorsqu'il explique, comme nous l'avons dit, que cette souveraineté suppose la reconnaissance juridique d'une entité indépendante possédant un territoire. La souveraineté étant ainsi entendu, il faudrait exclure de la discussion tout autre sujet qui ne pourrait prétendre à un tel contrôle et une telle possession territoriale.

C'est, de notre point de vue, prendre le problème à l'envers. Encore ici, on retrouve la confusion que nous avons soulevée entre la question de la souveraineté et la notion d'État²⁰⁴. Pourtant, la discussion autour de la capacité internationale ne peut plus aujourd'hui reposer uniquement sur une idée rigide et toute faite des entités étatiques. De toute façon, et suivant notre démarche, nous pensons que la souveraineté juridique internationale, dont découle la capacité internationale, ne peut pas uniquement reposer sur les seules entités qui sont supposées jouir d'une autorité suprême, plénière et définitive sur une population et un territoire. À notre avis, si l'on veut aborder correctement l'ontologie des sujets internationaux à partir du concept de souveraineté, il serait préférable de se demander « quel acteur exerce effectivement une autorité politique fonctionnelle en matière de relations internationales ? »

D'ailleurs, ce point de vue ne repose pas seulement sur une perspective ontologique particulière. Il ne découle pas non plus seulement de nos vues théoriques sur les relations internationales. Ce point de vue s'accorde également avec les sources formelles du droit international. En effet, la CIJ reconnaît depuis 1949 certains

²⁰⁴ Voir MacCormick, *Beyond Sovereign State*, *supra* note 170.

fondements fonctionnels et un caractère variable et multiple aux sujets du droit international. Comme cette Cour l'expliquait alors :

Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États²⁰⁵.

C'est ainsi que la CIJ en est venue à reconnaître que l'ONU avait une personnalité juridique internationale. Cette décision importante est d'ailleurs à l'origine de la première révolution du discours du droit international sur les sujets qui le créent. En effet, il devenait dès lors évident que le droit international n'était plus seulement le fait d'États souverains, mais aussi des organisations qu'ils avaient créées et qui acquéraient dès lors « la personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international²⁰⁶. » À ce chapitre, il est important de noter qu'aujourd'hui, la capacité des organisations internationales ne fait plus aucun doute puisqu'en 1986, les États se sont entendus sur la codification des aspects procéduraux régissant leurs relations avec les organisations internationales²⁰⁷.

Cela dit, nous pourrions nous prêter au jeu du présupposé lexical sous-jacent à l'expression de *souveraineté internationale* pour démontrer, comme nous entendons le faire au travers ce mémoire, que les États fédérés ont une capacité internationale. Comme nous l'avons expliqué en ce qui concerne la dislocation de la souveraineté interne et les critères constitutifs de l'État, les États fédérés exercent effectivement une souveraineté sur le territoire et la population qu'ils desservent. De plus, suivant les exigences retenues par Krasner, ils sont, dans une large mesure, reconnus pour ce faire.

²⁰⁵ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, [1949] Rec. C.I.J. 174 à la page 177. [Avis consultatif, Réparation ONU]

²⁰⁶ *Ibid* à la page 179.

²⁰⁷ Convention de Vienne entre États et organisations internationales, *supra* note 29.

Mais le tableau ne s'arrête pas là. Il va bien plus loin que la simple reconnaissance d'un certain rôle limité pour les États fédérés et de la formalisation de certains droits et obligations pour des organisations internationales fondamentales, tel l'ONU. En effet, on décrit de plus en plus le système international comme une image à plusieurs couches où une variété de pôles d'autorités se partage des fonctions adaptées à leur compétence. Sur ce sujet, il est peut être utile de rappeler ce qu'expliquait de façon très efficace le professeur Schreuer en 1993 :

Rather than grope for the seat of sovereignty, we should adjust our intellectual framework to a multi-layered reality consisting of a variety of authoritative structures. Under this functionalist approach what matters is not the formal status of a participant (province, state, international organization) but its actual or preferable exercise of functions²⁰⁸.

Cette ligne de pensée n'est pas isolée et constitue aujourd'hui un fondement solide pour une réflexion ontologique sur les sujets habilités à participer à ce qu'il est maintenant convenu d'appeler la *gouvernance internationale*²⁰⁹. Dans ce cadre particulier, non seulement les acteurs étatiques pleinement ou à demi-souverains (e.g. les États fédérés), infra-étatiques (e.g. les municipalités) et inter-étatiques (e.g. organisations internationales) ont des rôles fonctionnels importants, mais sont désormais également parties au processus d'une myriade d'autres acteurs dont les liens avec les acteurs étatiques sont plus ou moins ténus.

L'exemple le plus évident nous vient sûrement des organisations non-gouvernementales (ONG) dont l'importance ne cesse de s'accroître, notamment en matière de respect des

²⁰⁸ Christoph Schreuer « The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? », (1993) 4 Eur. J. Int. L. 447 à la page 455.

²⁰⁹ La gouvernance internationale peut être définie comme un « effective, legitimate model [that] must strike a delicate balance between national sovereignty and international cooperation. As such, governance at an international level is a constantly evolving discourse among multiple actors whose respective roles and influence vary across time and policy realms. » Anu Pilola Otto « Assessing Theories of Global Governance: A Case Study of International Antitrust Regulation », (2003) 39 Stan. J. Int. L. 207 à la page 207.

droits humains²¹⁰. Même si on peut encore douter que ces derniers ont une personnalité juridique internationale sur le plan formel²¹¹, il est aujourd'hui acquis qu'elles remplissent des fonctions importantes dans le système international²¹². Outre les nombreuses sphères d'activités où elles sont présentes, il peut être très pertinent de souligner pour nos fins le rôle fondamental que ces organisations jouent désormais dans les discussions entourant l'élaboration des traités²¹³.

Tout ceci illustre une conception fondamentalement différente de la structure organisationnelle du système international autour de la question de la souveraineté. Contrairement à la vision des réalistes et des positivistes austiniens pour qui la souveraineté est l'apanage exclusif et unitaire des États souverains, notre perspective replace la souveraineté dans un cadre éclaté dans lequel les différents acteurs jouent un rôle particulier le long d'une ligne de partage fonctionnelle des tâches. Cette perspective a non seulement des répercussions importantes dans la théorie générale de la souveraineté internationale, mais oblige par le fait même à repenser le système international d'une façon différente.

Il n'est dès lors plus question de concevoir l'organisation internationale comme un jeu de puissance entre différents acteurs perçus comme des éléments fonctionnellement indifférenciés. Il faut plutôt donner un sens général à l'organisation internationale autour de l'idée évolutive selon laquelle les nombreux acteurs développent des identités fonctionnelles qui assurent le maintien de la gouvernance internationale.

²¹⁰ Voir par exemple Dianne Otto « Nongovernmental Organizations in the United Nations Systems: The Emerging Role of International Civil Society », (1996) 18 Hum. Rts. Q. 107.

²¹¹ Karsten Nowrot « Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law », (1999) 6 Ind. J. Global Legal Stud. 579.

²¹² Erik B. Bluemel « Overcoming NGO Accountability Concerns in International Governance », (2005) 31 Brook. J. Int. L. 139. [Bluemel, NGO] (L'auteur plaide pour l'instauration de mécanismes d'imputabilités des ONG basés non pas sur le caractère représentatif des organismes mais plutôt sur la fonction spécifique exercée par ceux-ci dans les mécanismes de gouvernance internationale.)

²¹³ *Ibid* aux pages 161 à 166.

En fait, l'éclatement récent de la souveraineté internationale, tel que nous l'entendons ici, est un des événements fondateurs à partir duquel a commencé à émerger un nouveau discours concernant le système international. Comme l'expliquait Kenneth W. Abbott en 1996, « international politics has begun to experience a participatory revolution in which individuals, nongovernmental organizations (NGOs), and other sub-state actors are coming to play –and are seen as appropriately playing– increasingly direct roles in international governance²¹⁴. »

C'est maintenant à la définition des contours de ce système international que nous nous attarderons.

C. Fédéralisme international

Dans le cadre d'un mémoire de maîtrise, évoquer une notion comme le fédéralisme international peut être surprenant, voir même quelque peu utopique. Cette notion rappelle des demandes de groupes très idéalistes qui plaident pour l'instauration d'une république internationale ou encore la mise en place d'un gouvernement mondial au large pouvoir de régulation²¹⁵. Nous ne suggérerons rien de tel. Notre vision est plus modeste et repose sur une démarche plus empirique. Nous tenons simplement à faire état d'une certaine littérature qui, à partir d'éléments d'analyse souvent très similaires aux nôtres, croit voir l'émergence embryonnaire d'une forme de fédéralisme international. Il n'est pas question pour nous de discuter des différentes théories du fédéralisme pour tester notre hypothèse selon laquelle le système international évolue vers ce type d'organisation. Cela dépasserait largement le cadre de ce travail. Nous tenons simplement à mettre en exergue certaines caractéristiques de l'organisation

²¹⁴ Abbott, *Evolving Boundaries of International Federalism*, *supra* note 40 à la page 989.

²¹⁵ D'ailleurs, dans ce créneau, une association qui promeut l'idée d'un fédéralisme international existe déjà. Voir en ligne : Site du World Federalist Movement <http://www.wfm.org/html/2e5oibv7.html>.

internationale qui supporte notre perspective selon laquelle l'ordre juridique international évolue lentement vers l'idée d'un fédéralisme international.

Plus précisément, nous démontrerons qu'à l'instar des systèmes fédéraux, l'ordre juridique international promeut une certaine unité dans la diversité et repose sur une division fonctionnelle des tâches et pouvoirs des acteurs. Évidemment, l'idée que l'on se fait du fédéralisme moderne ne saurait être complète sans une discussion sur les fondements constitutionnels de cette organisation²¹⁶. Enfin, et pour faire le pont avec notre approche constructiviste et pluraliste, nous démontrerons que l'idée sur laquelle repose le fédéralisme international est elle-même partie au processus dynamique et interactionnel au travers duquel surgissent des idées mutuellement construites et partagées en raison de l'interaction d'une grande diversité d'acteurs. Mais avant tout, quelques commentaires s'imposent sur les origines modernes de ce concept.

L'idée même d'un fédéralisme international n'est pas nouvelle dans l'histoire du vingtième siècle. En plus des ouvrages classiques sur cette question²¹⁷, cette idée a été posée de façon explicite à plusieurs reprises lors de la première moitié du vingtième siècle²¹⁸. D'autre part, plusieurs personnalités marquantes du siècle passé ont évoqué l'idée soit d'un fédéralisme ou d'un gouvernement international. Pour ne nommer que les plus connus, il peut être utile de citer Albert Einstein (1951, Fédération de nations), Winston Churchill (1945, Gouvernement mondial), et Mikhaïl Gorbatchev (1988 Communauté mondiale d'États). Plus près de nous, le professeur Edward McWhinney a

²¹⁶ En retenant ces trois critères (unité dans la diversité, division fonctionnelle des tâches et les éléments constitutionnels) comme fondement de notre vision du fédéralisme international, nous suivons les postulats de base de Delbrück, *Transnational Federalism*, *supra* note 40 aux pages 51 à 55.

²¹⁷ Notamment le projet de paix perpétuel de Kant dans lequel le philosophe prévoyait la venue d'un fédéralisme d'États libres. Voir généralement Immanuel Kant, *Projet de paix perpétuel : esquisse philosophique*, texte allemand et français, traduit par Zum Ewigen Frieden, Paris, Librairie Philosophique, 2002.

²¹⁸ Voir par exemple Robert W. Mason « A Constitution for World-Wide Federation », (1911) 5 Mel. L. Rev. 49 et John H. Wigmore « Constitutional Problems in the Coming World Federation », (1942) 28 A.B.A. J. 526.

également abordé cette question et est aujourd'hui fréquemment cité à titre d'autorité²¹⁹. Tout cela pour démontrer qu'autant cette idée peut apparaître profondément idéaliste, autant elle a été soutenue par des personnalités dont les qualités intellectuelles sont difficilement discutables.

Malgré tout, cette idée reste variable d'un esprit à l'autre et, en dépit de la qualité des personnes citées ci-dessus, elle n'a malheureusement pas fait l'objet d'un débat académique très étoffé. Toutefois, le développement des concepts près de notre approche théorique tels la gouvernance, les sphères d'autorités à plusieurs couches et le partage fonctionnel des compétences dans le système international donne aujourd'hui une base solide pour une réflexion élaborée sur une forme de fédéralisme international, c'est-à-dire un fédéralisme international qui n'est pas formellement constitué mais qui résulte d'une série d'agencements fonctionnels particuliers.

Ainsi en est-il du premier principe selon lequel le fédéralisme promeut et permet une certaine unité dans la diversité. Faut-il d'abord souligner la pertinence de ce principe pour l'ordonnancement du système international ? Dans l'état actuel des choses, il est évident que la venue d'un gouvernement mondial au large pouvoir de régulation serait impensable et sûrement contre-productive. Tant la pluralité et la diversité des systèmes juridiques nationaux que la myriade d'acteurs sur le plan international rendent illusoire l'instauration d'un système unitaire. D'un autre côté, les réseaux de gouvernance, les structures d'échange et de dialogue, notamment les organisations internationales, ainsi que l'interdépendance toujours plus grande entre les nations font émerger des politiques communes qui guident l'action et les décisions globales. C'est pourquoi il est permis de constater une certaine unité dans un système international qui se décline au pluriel.

Généralement, dans une fédération, l'application du principe de l'unité dans la diversité a des conséquences pratiques très importantes. En effet, il constitue un des socles

²¹⁹ Edward McWhinney, *Federal Constitution-Making for a Multi-National World*, Leyden : A. W. Sijthoff, 1966.

importants relativement au partage des compétences entre les différents éléments constitutifs. Même s'il est vrai que « there is no comprehensive legal act regulating the distribution or allocation of functions and powers [...] » dans le système international, « one has to realize that while such distributions exists, it is not yet the result of a coherent strategy²²⁰. »

En fait, la division des pouvoirs se fait plutôt le long de lignes de partage fonctionnel, et bien souvent institutionnel des tâches²²¹. Par partage fonctionnel des tâches, nous entendons un partage des pouvoirs entre les acteurs qui sont perçus comme étant les plus compétents pour remplir la fonction. Du point de vue institutionnel, nous décrivons sensiblement la même réalité que celle des régimes fonctionnels (*functional regimes*) développés par le professeur Hugo Cyr et qu'il décrit comme étant des « institutional mechanisms that are meant to solve functional problems like coordination of behaviour. Those collective institutions are means to achieve certain ends.²²² »

Un exemple récent et très pertinent à cet égard serait l'institution de la Cour pénale internationale (CPI). En vertu du principe de la complémentarité²²³, la CPI exerce sa compétence de façon complémentaire aux autres juridictions nationales, notamment lorsque celles-ci n'ont pas la volonté ou sont dans l'incapacité de mener à bien les poursuites²²⁴. Ainsi, en respectant le principe de subsidiarité cher au fédéralisme, l'ordre international privilégie une solution locale et lorsque ce n'est pas possible, un palier international s'ajoute afin d'éviter l'impunité par l'absence d'institution locale efficace.

²²⁰ Delbrück, Transnational Federalism, *supra* note 40 aux pages 53 et 54.

²²¹ Sur ces questions, voir généralement Ernst Bernard Haas, *Beyond the Nation-State : Functionnalism and International Organization*, Stanford, Stanford University Press, 1964.

²²² Hugo Cyr, Treaty Powers, *supra* note 136.

²²³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 July 1998, U.N. Doc. A/Conf.183/9 préambule et article 1.

²²⁴ *Ibid*, art. 17(a).

En ce qui concerne les acteurs impliqués, il peut être pertinent de noter que les négociations ont permis aux ONG de pouvoir représenter les victimes devant la CPI²²⁵, ce qui signale encore ici une conception éclatée et fonctionnelle de la participation de nombreux acteurs au développement de la normativité internationale.

Malgré ce paysage qui fourmille d'acteurs aux identités et intérêts diversifiés, il faut évidemment un certain cadre commun qui permette à tous et chacun d'entrer en relations d'une façon intelligible. C'est ici que nous retournons au droit qui, par ses règles, fournit un cadre référentiel de base autour duquel gravitent les acteurs. C'est dans ce cadre référentiel normatif commun que certains croient deviner les traces visibles d'une constitution internationale.

C'est, à notre avis, ce qu'exprimait Nicolas Onuf, un pionnier du mouvement constructiviste, dans un article qui date un peu, mais qui garde néanmoins toute sa pertinence.

In constructivist terms, the international system must be a society insofar as it is constituted by the deeds of many individuals, themselves constituted as agents. This process of constitution depends on rules, without which deeds have no social meaning, and some of these rules form what can only be called a constitution²²⁶.

Bien entendu, et comme le souligne Nicolas Onuf, la constitution internationale repose entre autres choses sur une société constituée d'individus qui sont eux-mêmes regroupés en acteurs (*agents*). Conformément aux postulats de notre constructivisme juridique, ces acteurs ont eux-mêmes une identité et, par conséquent, des intérêts qui se définissent dans le cadre d'interactions qui prennent place le long de ligne de partage fonctionnel et institutionnel des tâches. La question de la nature de ces acteurs se pose donc avec beaucoup d'acuité à ce point de notre discussion. Qui sont-ils, ces acteurs? À notre avis,

²²⁵ *Règlement de preuve et de procédure de la Cour pénale internationale*, ICC-ASP/1/3 Règle 90.

²²⁶ Onuf, *Constitution of International Society*, *supra* note 40 à la page 8.

la notion de « communautés existentielles » développée par le professeur Cyr donne des éléments de réponse précieux qui permettent d'aborder la réflexion autour de la nature de ces acteurs. Pour le professeur Cyr, les « communautés existentielles » sont des :

[...] communities through which individual' selfhood is constituted by a deep sense of "love", of loyalty and of identity, etc. to the other members of the group. In other words, an existential community is what makes it possible for the self to transcend the individual. Those communities, from the internal point of view of committed members, are ends and not means²²⁷.

En dernier lieu, dans le contexte d'une constitution fédérale internationale à la saveur constructiviste, nous ne saurions trop insister sur l'importance des idées dans la dynamique constitutionnelle créative. Il faut évidemment garder à l'esprit que ces idées mutuellement construites n'ont pas d'existence fixe. À l'instar des concepts de souveraineté ou d'États-nations, il n'existe rien comme un *fédéralisme international* formel. C'est précisément ce qu'expliquait le professeur Abbott il y a une décennie dans un article profond où il tentait de saisir les contours du fédéralisme international :

To my mind, however, the fluid boundaries of international federalism are at least equally attributable to the influence of idea. Economic and political structures are not corporeal things; they owe their existence to constitutive ideas, constitutive in the sense of defining or creating a social institution or relationship that would not otherwise exist. The nation state itself, mere legal fiction, is based on such ideas: if we did not accept the notion that the state is a legitimate way of organizing social life, national boundaries would mean nothing and governments would be just another group of brigands trying to take our money. The same is true of other social constructs like the market, international regimes, and the appropriate arenas for political activity. Constitutive ideas are regularly contested, however, and are subject to change, in both the short and long term. As the underlying ideas change, the norms, rules, and institutions that embody them, at all levels of political activity, evolve along with them²²⁸.

En résumé, le fédéralisme international repose sur une constitution informelle soutenue par des acteurs dont l'identité et les intérêts se modulent en fonction des interactions qui prennent place le long d'une ligne de partage fonctionnel et institutionnel des tâches.

²²⁷ Hugo Cyr, Treaty Powers *supra* note 136 aux pages 301 et 302

²²⁸ Abbott, Evolving Boundaries of International Federalism, *supra* note 40 à la page 974.

Dans ce cadre, les souverainetés multiples, disloquées et poreuses ne sont pas l'apanage exclusif des États, mais reposent sur l'exercice effectif d'une autorité politique sur le plan international. C'est pourquoi les règles formelles du droit international sont souples et permettent aux États fédérés, comme le Québec, d'exercer une capacité internationale dès lors qu'ils ont pu développer une identité internationale en raison notamment de leurs règles constitutionnelles internes et des interactions avec d'autres acteurs internationaux reconnus comme tels.

Ayant à l'esprit l'ensemble de ce qui vient d'être expliqué, il sera maintenant plus aisé de comprendre la dynamique par laquelle le Québec a consolidé sa capacité internationale dans le cadre du régime de protection des Grands Lacs.

III. LA PARTICIPATION DU QUÉBEC AU RÉGIME DE PROTECTION DES GRANDS LACS

L'action internationale du Québec dans le régime international de protection des Grands Lacs est un exemple frappant d'évolution récente de la capacité internationale des États fédérés en droit international public. Cette évolution illustre bien le point de vue pluraliste du constructivisme juridique.

Pour étayer notre propos, nous verrons dans la présente partie que les États fédérés dont il est question (en mettant une emphase particulière sur le Québec) ont peu à peu acquis une compétence particulière sur la gestion des Grands Lacs par la mise en œuvre d'accords « internationaux » contraignants. Nous verrons aussi que l'acquisition de cette compétence va dans le sens d'un développement toujours plus clair de la capacité internationale de ces États fédérés en général et du Québec en particulier. Mais avant tout, quelques précisions s'imposent.

Il convient en effet de préciser en premier lieu que le sujet des ententes elles-mêmes, c'est-à-dire le bien-fondé des mesures de gestion environnementale des eaux des Grands Lacs, n'est pas l'objet ni de la présente partie ni du mémoire. Ainsi, nous ne cherchons pas à analyser et à critiquer d'un point de vue qualitatif les différentes mesures relatives à la gestion de l'eau sur lesquelles se sont entendus les États américains et provinces en question²²⁹.

²²⁹ En fait, ce dossier fait l'objet d'un contentieux important. Voir notamment le dossier de Radio-Canada sur ce sujet. En ligne : Site de Radio-Canada, http://www.radiocanada.com/regions/ontario/Dossiers/deviationgrandslacs_10214.shtml. Il existe d'ailleurs divers groupes de pression qui ont pris des positions très tranchées sur ce sujet, craignant voir dans ce dossier un affaiblissement de la souveraineté du Canada. Voir notamment l'avis juridique du Conseil des canadiens, un organisme dont la mission est de « protéger l'indépendance du Canada en faisant la promotion de politiques progressives sur le commerce équitable, l'eau potable, la sécurité des aliments, les soins de santé publique et autres questions sociales et économiques qui préoccupent les Canadiens. » En ligne, Site du Conseil des canadiens : http://www.canadians.org/browse_categories_fr.htm?COC_token=23@@6a168629a0df4fb1f8508164bb215bb4&step=2&catid=5&iscat=1. L'avis juridique en question, disponible sur le site précité, met en garde la population canadienne contre une « entente dangereuse » qui mettrait en danger la « souveraineté canadienne », Conseil des Canadiens, Communiqué, « Avis juridique historique à la

L'analyse se situera plutôt sur le terrain de la nature et de l'effet de ces ententes d'un point de vue normatif et international. Plus précisément, il s'agira notamment de démontrer la parenté de différents instruments juridiques auxquels sont parties les États fédérés avec d'autres du même type que l'on retrouve fréquemment en droit international public.

Pour arriver à présenter le sujet conformément à ce qui vient d'être dit, nous expliquerons l'évolution normative du cadre juridique entourant la gestion et la protection des Grands Lacs par les gouvernements centraux des États-Unis et du Canada, des États américains et des provinces canadiennes. Nous verrons à quel point l'identité et les intérêts des acteurs concernés se sont transformés dans le cadre de leur participation au régime de protection des Grands Lacs.

Cette présentation se fera surtout sur un mode chronologique et une attention particulière sera mise sur les acteurs publics impliqués. Ainsi, nous commencerons par la présentation de la gestion bipartite Canada-États-Unis. Nous enchaînerons ensuite en traitant de la participation des provinces au régime de protection des Grands Lacs, en mettant un accent particulier sur le cadre juridique de la *Charte des Grands Lacs de 1985*²³⁰ et des ententes qui en découlent. Cette partie permettra tout spécialement de battre en brèche l'idée, soutenue par un auteur, selon laquelle « [c]et instrument [la *Charte des Grands Lacs*], comme il n'a pas été signé par des États souverains, n'a pas à proprement parler de force exécutoire²³¹. »

veille de la mise en œuvre de l'Annexe des Grands Lacs » (18 octobre 2004), site CNW, en ligne : <http://www.newswire.ca/en/releases/archive/October2004/18/c1353.html> . Toutefois, il n'est pas encore possible de connaître les réactions de tous et chacun depuis la signature de l'entente par le Québec et l'Ontario, qui eux, semblaient être bien contents de l'entente.

²³⁰ Voir *infra* note 278.

²³¹ Charles Bédard, *Le bassin du Saint-Laurent et les Grands Lacs : cadre juridique*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2004 à la page 138. [Charles Bédard, *cadre juridique*] Cette constatation faite, l'auteur s'empresse toutefois d'ajouter que « [c]ependant, il [ce document, en parlant de la Charte] a une grande force morale et il formule un nombre de constatations importantes qu'on ne peut passer sous silence. »

Enfin, nous ferons quelques remarques sur les raisons qu'a le Québec de participer à un tel régime afin de sonder en profondeur les aspects sociaux particuliers de son identité. Cette partie rendra très clair le fait que le Québec a vu son identité transformée et renforcée par cette participation.

En somme, nous essaierons essentiellement de démontrer que nous assistons à la maturation d'un régime entre États fédérés qui s'apparente, dans le fond et la forme, à l'exercice d'une capacité internationale telle qu'elle est pratiquée par les États « souverains ». La présentation sera parsemée de quelques commentaires théoriques expliquant ce point.

A. La théorie du régime et le droit international relatif à la protection des Grands Lacs

La notion de régime est particulièrement éclairante pour la résolution de notre problématique. D'abord, comme nous le verrons tout de suite, la notion de régime est un des concepts clés du constructivisme. Ce concept rend d'ailleurs cette perspective opératoire lorsqu'il s'agit d'analyser le cadre normatif d'un secteur d'activités particulier. De plus, comme nous le verrons tout de suite après, cette notion emporte également des conséquences juridiques importantes.

La notion de régime juridique, entendue au sens large, s'insère parfaitement dans l'analyse du système de protection des Grands Lacs en raison même de la composition du tissu social des nombreuses communautés résidant près de ces immenses réserves d'eau douce. Comme le faisait d'ailleurs remarquer un membre du comité aviseur du groupe de travail en gestion des eaux pour le conseil des gouverneurs, Noah D. Hall :

(...) the Great Lakes system eight states and two provinces within the United States and Canada : Minesota, Wisconscin, Michigan, Illinois, Indianan, Ohio, Pennsylvania, New York, Ontario, and Quebec. Hundred of tribes and First Nations and thousands of local governments and municipalities also share

legal responsibilities. Management of Great Lakes water is necessarily an exercise in cooperation among multiple jurisdictions and levels of government, with numerous and potentially overlapping legal regimes²³².
(nos soulignements)

Toutefois, la façon dont nous entendons la notion de *régime* est quelque peu différente de sa définition lexicale. Nous préciserons donc d'abord la notion de régime en droit international public et le lien que ce concept partage avec les instruments internationaux de protection des réserves d'eau douce. Nous préciserons par la suite dans quelle mesure nous nous en servirons. Pour ce faire, nous travaillerons surtout à partir du cadre analytique développé par les professeurs Stephen J. Toppe et Jutta Brunnée dans l'excellent article *Environmental Security and Freshwater Resources : Ecosystem Regime Building*²³³ et des politologues qui ont théorisé la notion de régime en relations internationales.

²³² Noah D. Hall, « Toward a New Horizontal Federalism: Interstate Water Management in the Great Lakes Region » (2006) 77 Col. L. Rev. 405 à la page 415. [Noah D. Hall, Interstate Water Management]

²³³ Jutta Brunnée, Stephen J. Toppe, « Environmental Security and Freshwater Resources: Ecosystem Regime Building », (1997) 91 Am. J. Int'l L. 26. [Brunnée, Toope, Ecosystem Regime Building] La présentation qui suit s'inspire principalement de cet article, notamment des pages 26 à 37.

Tout commence en 1982 lorsque le professeur Stephen D. Krasner dirige et publie un ouvrage collectif important dans lequel des politologues, principalement de tendance réaliste, évaluaient l'utilité du concept de régime dans l'analyse des relations internationales. Pour Krasner, qui s'est occupé de rédiger la synthèse et les idées dominantes avancées dans les textes, la notion de régime, qu'il décrivait dans sa conclusion comme une variable autonome (*autonomous variable*)²³⁴, pouvait être définie comme suit :

Implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation, and rectitude. Norms are standards of behaviour defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or prescriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice²³⁵.

Malgré l'intérêt et l'utilité d'une telle définition, son champ d'application n'est pas pleinement suffisant pour nos fins. En fait, d'un point de vue du droit international, en

²³⁴ Stephen D. Krasner, *Regimes and the Limits of Realism : Regimes as Autonomous Variable*, dans Stephen D. Krasner (dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983. L'auteur explique en effet aux pages 357-358, « Regimes may assume a life of their own, a life independent of the basic causal factors that led to their creation in the first place. There is not always congruity between power capabilities, regimes, and related behaviour and outcomes. Principles, norms, rules, and procedures may not conform with the preferences of the most powerful states. Ultimately state power and interests conditions both regimes and related behaviour, but there may be a wide area of leeway. [...] Once regimes are established they may feed back on the basic causal variables that gave rise to them in the first place. They may alter the distribution of power. They may change assessments of interests. Regimes may become interactive, not simply intervening variables. [...] Once a regimes is actually in place, it may develop a dynamic of its own that can alter not only related behaviour and outcomes but also basic causal variables. »

²³⁵ Stephen D. Krasner, *Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables*, dans Stephen D. Krasner (dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, à la page 2. Le professeur reviendra 17 ans plus tard sur ce passage et sur l'intérêt qu'il a suscité, notamment dans la littérature constructiviste. Après avoir expliqué qu'à l'époque, aucun des politologues ne se doutait de l'utilisation ultérieure qui serait faite de cette définition il explique : « In fact, this definition reflected what would now be termed a constructivist perspective which emphasizes the importance of intersubjective shared ideas or identities. Most of the writers in the volume [*ie international regime*] would not have accepted this definition had they fully appreciated its implications. Realists, for instance, would have defined regimes as principles, norms, rules and decision making procedures that reflect the preferences of the most powerful states in the international system, and liberals would have been happier with a definition that read something like principles, norms, rules and decision making procedures that contribute to the solution of market failure problems. But, these distinctions were not as clear in 1981 as they are now. » Krasner, *International Law and International Relations*, *supra* note 71 à la page 93, note 2.

comparaison aux théories des relations internationales, il est nécessaire d'avoir un plus grand degré de précision lorsqu'il est question d'analyser une norme juridique. En effet, alors que les théoriciens des relations internationales s'intéressent principalement aux normes comme des moyens permettant d'exprimer les intérêts des États, les juristes internationaux s'intéressent à la norme en elle-même ; celle-ci n'est dès lors plus le moyen, mais la fin, l'objet d'étude lui-même²³⁶. Cette distinction fondamentale a notamment pour conséquence de faire en sorte que les politologues conçoivent plutôt la norme comme un phénomène parmi d'autres, un guide, qui, parmi d'autres facteurs, influence et matérialise les décisions des États.

Il faut donc se demander comment opérationnaliser la notion de régime dans notre approche du droit international. Autrement dit, comment peut-on rendre la définition du régime plus opératoire afin qu'elle permette de concevoir juridiquement les normes en vigueur dans le régime de protection des Grands Lacs ? Les deux définitions juridiques que proposent les professeurs Brunée et Toope à la notion de régime donnent les fondements de notre réponse à cette question.

[...] first, [le régime] signify the evolving context of policy discourse and political exchange out of which may grow specific negotiation leading to framework agreements and binding customary norms. The relevant regime may be informal or formal. It may emerge purely from patterns of reciprocity between states, or from the persuasive authority of epistemic communities. Such contextual regimes may have some institutional focus or be "virtual" to adopt the new jargon. In either case principle and nonbinding norms of behaviour may emerge that govern issues of both procedure (the rules of the game) and substance (some agreed upon outcomes).

The second meaning of the term *regime* is more precise: the set of commitments that emerge from negotiations and often result in framework agreements, which are embedded in the more fluid regime context described immediately above. This usage makes explicit our view that regimes are not static points encompassing a particular level of normativity but are better seen as a bridge from the most simple attempts to find some policy commonality in an issue-area, to binding legal norms shaping the behaviour of states within

²³⁶ Sur ces différences, voir notamment l'excellent article de Robert O. Keohane, « International Relations and International Law : Two Optics », (1997) 38 Harv. Int'l L. J. 487, notamment les pages 489 à 494.

the same issue-area. This notion of bridging toward binding norms distinguishes our use of regime theory from that which is typically proposed by international relations scholars. Ultimately, as international lawyers, we seek a relative autonomy for a legal norms, but we acknowledge that such norms are most likely to evolve from preexisting contextual regimes²³⁷.

Quel est le lien entre cette conception du régime et la gestion des réserves d'eau douce ? Dans leur article précité, les professeurs Brunnée et Toope soutiennent l'hypothèse selon laquelle la protection des réserves d'eau douce constitue une question de sécurité. Selon eux, cette protection présente un intérêt si crucial qu'il faut éviter de la subordonner aux intérêts égoïstes des États qui en ont la responsabilité. Ainsi, selon eux, il fallait développer un cadre théorique dans lequel la protection des eaux reposerait sur d'autres bases que le concept réaliste de la souveraineté étatique. Il fallait donc trouver les fondements de leur protection ailleurs, dans d'autres principes constituants.

C'est ainsi qu'ils en sont venus à proposer les hypothèses du « régime » et de la « sécurité environnementale » afin d'éviter une conception égoïste des intérêts des États. En comprenant ainsi la protection des sources d'eau douce, les auteurs prévoient que « this approach will help to focus attention on the ultimate beneficiaries of security, which are not states, but individuals and communities²³⁸. »

Pour les professeur(e)s, l'idée de concevoir la protection des eaux sur les bases conceptuelles de la sécurité environnementale²³⁹ et du régime permet essentiellement de contrecarrer la conception réaliste du droit international comme étant une variable dépendante de la bonne volonté des États. Pour eux, le concept de régime permet de postuler l'existence et la création de la norme internationale d'une façon indépendante de la pure volonté d'États égoïstes. Au contraire de la doctrine réaliste qui conçoit le droit

²³⁷ Brunnée, Toope, Ecosystem Regime Building, *supra* note 233 aux pages 36 et 37.

²³⁸ *Ibid* à la page 27.

²³⁹ En dépit de l'intérêt que présente le concept de sécurité environnementale, nous n'en traiterons pas puisque, rappelons-le, l'objet de ce mémoire n'est pas de traiter du droit international relatif à la protection des réserves d'eau, mais bien de la capacité internationale des États fédérés.

international comme un épiphénomène²⁴⁰, les auteurs expliquent que la norme ou les normes émergent de la participation des États à un régime donné²⁴¹. En conséquence, pour les auteurs, la création normative devient une activité plus indépendante de la volonté des États ; une activité bien plus tributaire du régime duquel elle émerge. Nous constatons donc la place centrale qu'occupe la notion de régime dans le cadre de la gestion et de la protection des réserves d'eau douce.

À l'instar de notre approche constructiviste et pluraliste, la notion juridique de régime en droit international est très souple et sujette à de nombreuses variations d'intensité. Comme le sous-entend la définition que nous venons de donner, il n'est pas question d'enfermer le concept de régime dans une définition rigide. Tout est une question de degré. Ainsi, la notion de régime s'étend sur un continuum qui va « from the most simple attempts to find some policy commonality in an issue-area, to binding legal norms shaping the behavior of states within the same issue-area²⁴². »

Sur ces bases, nous sommes maintenant en mesure de développer notre explication du régime de protection des Grands Lacs et de proposer l'hypothèse suivante : le régime de protection des Grands Lacs est le résultat d'une évolution contextuelle du discours et des échanges politiques sur la question de la gestion commune des Grands Lacs depuis la fin du 19^{ième} siècle. Ces interactions ont favorisé l'apparition de nombreuses normes, parfois cadencées dans des ententes plus ou moins formelles ou ayant fait l'objet d'une pratique commune ou de normes coutumières. Le régime de protection des Grands Lacs s'est sensiblement raffiné depuis ses débuts et, outre ses nombreux mécanismes informels de discussion et d'échange, il est aujourd'hui plus spécialement composé de

²⁴⁰ Ainsi, pour les réalistes, « [...] international law as something of an epiphenomenon, with rules of international law being dependent on power, subject to short-term alteration by power-applying States, and therefore of little relevance to how States actually behave. » dans Michael Byers (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000 à la page 8.

²⁴¹ En fait, l'hypothèse précise des auteurs est que « the insights of regime theory help to explain how binding legal norms may emerge from patterns of expectation developed through coordinated discussions and actions of states in given issue-areas. » Brunnée, Toope, *Ecosystem Regime Building*, *supra* note 233 à la page 28.

²⁴² *Ibid* à la page 37.

l'ensemble des droits et obligations enchâssés dans différentes ententes plus ou moins contraignantes. Enfin, le régime de protection des Grands Lacs est supporté par divers organismes dont les fonctions principales sont d'assurer les mécanismes de mise en œuvre des normes et de favoriser les échanges et la discussion entre les acteurs concernés.

Comme nous l'avons dit, le régime de protection des Grands Lacs est composé d'une myriade d'acteurs, de communautés, de juridictions, etc... Quant à nous, nous limitons notre analyse au régime développé par les gouvernements centraux du Canada et des États-Unis, les États américains et les provinces canadiennes participantes. C'est maintenant de leurs relations dont il sera question.

B. La gestion mixte et le rôle des États fédérés

Au regard de toute la littérature que nous avons consultée, personne ne semble s'être intéressé à la question de savoir si les instruments de protection des Grands Lacs à partir desquels les États américains et les provinces canadiennes travaillent, constituent un régime au sens où nous l'entendons. Nous verrons ci-dessous que les récents développements auraient intérêt à être observés tout autant, sinon plus, que les mécanismes existants entre les États *souverains* des gouvernements centraux des États-Unis et du Canada. En effet, la présentation qui suit démontre le rôle central que jouent désormais les États fédérés américains et canadiens sur cette question.

Cette place particulière qu'occupent aujourd'hui les États fédérés n'est toutefois pas le fruit du hasard. C'est plutôt le résultat d'une longue évolution au travers de laquelle se sont produits un déplacement et une reconfiguration de l'identité et des intérêts, tant des gouvernements centraux que des États fédérés du Canada et des États-Unis.

En fait, nous croyons avoir remarqué la dynamique suivante que nous présentons ici comme une hypothèse. Pendant que les gouvernements centraux du Canada et des États-Unis se confinaient dans un rôle de gardiens égoïstes d'intérêts géostratégiques relatifs à la gestion des Grands Lacs, un vacuum juridique était créé en matière de gestion environnementale des eaux. Les États fédérés du Canada et des États-Unis, poussés par différentes forces politiques provenant notamment des communautés vivant près des Grands Lacs, en sont tranquillement venus à occuper l'espace et ont développé une identité particulière sur ce sujet. Très vite, elles en sont venues à prendre une place importante, voire prédominante, que les gouvernements centraux sont de moins en moins en mesure de récupérer. En effet, ceux-ci sont maintenant en compétition dans un domaine identitaire qu'ils ont très peu développé : la gestion environnementale des Grands Lacs. Les gouvernements centraux se trouvent donc aujourd'hui pris dans leur propre discours identitaire concernant ce qu'ils percevaient être leurs intérêts géostratégiques. Cet emprisonnement identitaire repose d'ailleurs largement sur la perception des gouvernements centraux selon laquelle la gestion des Grands Lacs devait être instrumentalisée d'une façon purement égoïste. Or, cet emprisonnement les a conduits à une véritable paralysie de leur mécanisme de gestion commune. Néanmoins, un certain effort a été déployé depuis pour reconfigurer leur identité et partant, leurs intérêts sur cette question. Toutefois, il est maintenant clair que, dans le cas précis du Canada, le gouvernement central et la province de Québec entrent dans une compétition identitaire et ce, tant sur le plan environnemental que sur la question de l'exercice de la capacité internationale.

Dans les deux parties qui suivent (a. et b.), nous présenterons d'abord la reconfiguration de l'intérêt d'État qui était censée présider initialement au *Traité sur les eaux limitrophes*²⁴³ et le vacuum juridique créé par cette situation. Nous présenterons ensuite comment les États fédérés se sont développés une identité à l'égard de la gestion environnementale des eaux des Grands Lacs.

²⁴³ *Traité sur les eaux limitrophes*, Royaume-Uni et États-Unis, 11 janvier 1909, 102 B.S.P. 137. [*Traité sur les eaux limitrophes*]

a. Un intérêt d'État ?

La gestion des eaux limitrophes entre le Canada et les États-Unis constitue un vieil enjeu dont la plus importante tentative de formalisation juridique des mécanismes de gestion et d'ententes communes remonte au *Traité sur les eaux limitrophes* de 1909. Cet accord international bipartite sert depuis lors de cadre juridique fondamental entre le Canada et les États-Unis, notamment, dans la gestion partagée, entre ces deux pays, des Grands Lacs, l'un des plus grands bassins d'eau douce au monde, qui contient à lui seul 20% des réserves d'eau douce de la planète.

Ce traité constitue une entente internationale « classique », dans le sens où il a été signé et ratifié par deux États considérés comme étant pleinement souverains, soit le gouvernement fédéral des États-Unis et le Royaume-Uni, à l'époque où le Canada ne possédait pas encore la capacité juridique internationale²⁴⁴. Au Canada, ce traité a été incorporé en droit interne par la *Loi du traité des eaux limitrophes internationales*²⁴⁵.

Pour faire court, nous pourrions résumer en disant que le traité établit les principes et mécanismes devant aider à régler ou à prévenir les différends liés au débit et à la qualité de l'eau le long de la frontière entre les deux pays.

Ces mécanismes sont gérés par la *Commission mixte internationale* (CMI et IJC en anglais), créée en vertu de l'article VII du *Traité sur les eaux limitrophes*. Le premier mécanisme, de nature quasi-judiciaire, vise à juger de la légalité de certains travaux visés. Le second est une procédure de nature arbitrale destinée à résoudre les conflits entre les parties. Nous examinerons plus en détail les différents mécanismes mis en

²⁴⁴ Cette dernière ayant fait l'objet d'une acquisition graduelle ultérieure. En effet, le *Rapport Balfour* a consacré une certaine autonomie aux Dominions de l'Empire. Les grands principes en ont été repris en 1931 dans le *Statut de Westminster de 1931*, L.R.C., 1985, app. II no 27 qui consacrait, en autres, l'égalité des Dominions entre eux tout en couchant dans une loi les principes du rapport précité.

²⁴⁵ L.R.Q. Ch. I-17.

place par ce traité à travers les critiques qui leur sont faites de même que l'utilité qu'on leur trouve. C'est ce à quoi nous nous appliquerons dès maintenant.

Le *Traité sur les eaux limitrophes* fait depuis un moment déjà l'objet de diverses critiques. Ces critiques peuvent être résumées de la façon proposée par Noah D. Hall lorsqu'il observe que « a review of the *Boundary Waters Treaty*'s provisions and its role in managing Great Lakes water withdrawals and diversions shows that its international and historic status exceeds its actual value in Great Lakes water management²⁴⁶. »

En fait, la doctrine semble considérer que deux principales lacunes nuisent à la capacité des gouvernements centraux des États-Unis et du Canada de s'occuper efficacement de la gestion des Grands Lacs. La première lacune concerne l'objet et la nature du *traité de 1909*. La seconde porte sur ses mécanismes de gestion. Nous traiterons sommairement de ces deux aspects.

La critique concernant la nature du traité découle d'un argument facilement compréhensible qui peut se résumer ainsi : ce document n'est pas adapté aux enjeux politiques contemporains puisqu'il a été signé et ratifié pour des raisons éloignées des problématiques actuelles. Ainsi, même si le contrôle politique d'un immense passage maritime reste encore aujourd'hui un enjeu important, la gestion environnementale des eaux et de la pollution devient tranquillement l'intérêt fondamental à protéger pour les acteurs impliqués dans sa gestion.

Cette reconfiguration d'intérêt n'est pourtant pas nouvelle. Déjà en 1993, Daniel K. DeWitt plaidait pour une réécriture totale du *Traité sur les eaux limitrophes*. À l'appui de sa conclusion, il précisait deux raisons historiques ayant mené à la conclusion du traité dont l'importance est aujourd'hui très relative. D'abord, dans son article, il soulignait que les eaux limitrophes constituaient en 1909 un enjeu important entre les

²⁴⁶ Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 416.

deux pays en tant que point géopolitique stratégique fondamental. Ensuite, il expliquait qu'à cette époque, la « pollution was not yet a recognized international problem in the Great Lakes²⁴⁷. » Au contraire, aujourd'hui, la protection des sources d'eau douce et le contrôle de la pollution sont de plus en plus perçus comme des enjeux politiques internationaux fondamentaux²⁴⁸.

Mais la critique de Dewitt ne résonne peut-être pas autant qu'il le voudrait. En effet, les gouvernements centraux des États-Unis et du Canada ont réussi à transformer (timidement) la perception de leurs intérêts sur cette question. Ainsi, de nos jours, ces gouvernements centraux réussissent tranquillement à repenser l'intérêt d'États qu'était supposé protéger le *Traité sur les eaux limitrophes* lors de sa signature en s'adaptant à de nouveaux enjeux politiques désormais perçus comme fondamentaux.

Pour illustrer cette proposition, il suffit d'observer l'évolution de la fonction des deux mécanismes de règlement des différends qui sont prévus au *Traité sur les eaux limitrophes*. C'est d'ailleurs ces mécanismes qui font l'objet de la seconde critique faite par la doctrine au sujet du *Traité sur les eaux limitrophes*.

Concernant le premier mécanisme, il faut principalement se reporter à l'article VIII du *Traité sur les eaux limitrophes* qui prévoit que le mandat principal de la CMI est d'« entendre et juger tous les cas comportant l'usage ou l'obstruction ou le détournement des eaux à l'égard desquelles l'approbation de cette Commission est nécessaire aux termes des articles III et IV [du] traité [...] ». Ce même article précise également que « [l]es Hautes parties contractantes auront, chacune de son côté de la frontière, des droits

²⁴⁷ Daniel K. DeWitt, Note, « Great Words Needed for the Great Lakes : Reasons to Rewrite the Boundary Waters Treaty of 1909 » (1993) 69 Ind. L.J. 299, 305 [Daniel K. Dewitt, : Reasons to Rewrite the Boundary Waters]. Voir les arguments expliqués dans le texte aux pages 302 à 305.

²⁴⁸ Déjà en 1972, les nations parties à la *Déclaration des Nations Unies sur l'environnement*, (Déclaration de Stockholm) (1972) Doc. N.U. A/CONF. 48/14/Rév. 1; 11 I.L.M. 1416 reconnaissaient à la deuxième proclamation que : « La protection et l'amélioration de l'environnement est une question d'importance majeure qui affecte le bien-être des populations et le développement économique dans le monde entier ; elle correspond au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements. »

égaux et similaires pour l'usage des eaux ci-dessus définies comme eaux limitrophes. »
[Nous soulignons.]

La définition et l'application particulière de ce principe d'égalité des droits entre les parties dans le *Traité sur les eaux limitrophes* sont notamment à l'origine d'une dépendance directe de la CMI face aux pouvoirs politiques. Cette dépendance a surtout eu pour effet d'affaiblir cette procédure visant à juger de la légalité de certains travaux visés. En effet, comme les renvois ont toujours été le fruit de décisions communes et concertées des gouvernements²⁴⁹, il est évident que les décisions étaient très influencées par des considérations politiques. Mentionnons à ce sujet que d'aucuns prétendent que ce manque d'indépendance de la CMI nie son caractère d'organisme supranational²⁵⁰.

En ce qui a trait au second mécanisme, il réside principalement à l'article X du *Traité sur les eaux limitrophes* et constitue la procédure arbitrale destinée à régler « [t]oute question ou sujet de différend s'élevant entre les Hautes parties contractantes comportant les droits, obligations ou intérêts des États-Unis ou du Canada, soit dans leurs relations envers l'un et l'autre ou envers leurs habitants respectifs [...] ». Une recommandation

²⁴⁹ Toutefois, il est important de noter que l'article IX du *Traité sur les eaux limitrophes*, *supra* note 243, précise que les questions pourront être renvoyées à la CMI par l'une ou l'autre des parties. À cet effet, le rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable du Parlement canadien notait à la page 4 que « [d]ans la pratique, le Comité a appris que les renvois ont toujours été faits conjointement, puisqu'un renvoi par l'une des deux parties seulement aurait apparemment pour effet de donner moins de poids à des recommandations non exécutoires. » Voir Canada, *Rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable concernant les ententes de mise en œuvre de la Charte des Grands Lacs*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, novembre 2004, Président : Alan Tonks, député. [Rapport du Comité permanent]

²⁵⁰ Jutta Brunnée, Stephen J. Toope, « Freshwater Regimes: The Mandate of the International Joint Commission » (1998) 15 *Ariz. J. Int'l & Comp.* 273 [Brunnée, Toope and the IJC mandate] à la page 285. « Canada and the United States have never agreed to allow the IJC to take on an autonomous decision-making function, except in the limited area of water diversions. The IJC remains in large measure a creature of the two governments that formed it; the IJC is not a "supranational institution". » Les auteurs rappellent d'ailleurs à cet effet que les gouvernements avaient rejeté la demande de la CMI en 1976 de lui accorder le pouvoir de statuer sur sa propre compétence (*Kompetenz-Kompetenz*). Voir à cet effet la note 8 de Brunnée, Toope and the IJC mandate, *ibid*, James G. Chandler et Michael J. Vechlser, *The Great Lakes-St. Lawrence River Basin From an IJC Perspective*, (1992) 18 *Can.U.-S. L.J.* 261, 281 et au même effet, David Lemarquand, *The International Joint Commission and Changing Canada-United States Boundary Relations*, (1993) 33 *Nat. Ressources J.*, 59, 66.

émise dans le cadre de l'application de cette procédure serait exécutoire. Toutefois, cet article n'a jamais été utilisé jusqu'à aujourd'hui, notamment en raison de la procédure de mise en œuvre préalable qu'il suppose. En effet, à l'instar du mécanisme quasi-judiciaire décrit juste avant, la procédure arbitrale est complètement subordonnée au pouvoir politique. En effet, un renvoi nécessiterait une « approbation du Sénat des États-Unis et du Cabinet fédéral du Canada (...) ». Une telle approbation n'a jamais été donnée²⁵¹.

Nous voyons par ce bref aperçu que la compétence et l'efficacité de la CMI, pour ceux qui croient que seuls les organes exerçant des compétences exécutoires sont efficaces, sont plutôt limitées, pour ne pas dire embarrassées²⁵². Autrement dit, un observateur réaliste y verrait un exemple singulier de structures internationales subordonnées à la volonté des États qui les ont créées.

Ainsi, il n'est pas surprenant de constater des remises en question et des débats sur la pertinence de la CMI et la nécessité de la réformer de la part d'internationalistes idéalistes²⁵³. Toutefois, cela ne veut aucunement dire que la CMI ne remplit pas un certain rôle dans le cadre du régime de protection des Grands Lacs. En effet, la CMI a toujours favorisé, à des degrés divers, un développement normatif en raison des rapports qu'elle produit. À cet effet, il existe deux procédures importantes.

²⁵¹ Rapport du Comité permanent, *supra* note 249

²⁵² C'est, en somme, ce que nous avons tenté d'illustrer. Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 418 résume très justement notre propos de la façon suivante: « While the International Joint Commission created by the Boundary Waters Treaty has been commended for its objectivity and leadership on environmental issues, it is severely limited in its ultimate adjudicative power. For a dispute to be submitted to the International Joint Commission for a binding arbitral decision, a reference is required by both countries. The Boundary Waters Treaty specifies that the consent of the U.S. Senate is required for such action. Thus, if Canada alleges that the United States is diverting water and affecting Great Lakes water levels in violation of the Boundary Waters Treaty, it must obtain the consent of the U.S. Senate (with a two-thirds majority) to submit the matter to the International Joint Commission. As may be expected, the Senate has never consented to refer a matter for a binding decision in the history of the Boundary Waters Treaty. »

²⁵³ Relire à cet effet Daniel K. Dewitt, *Reasons to Rewrite the Boundary Waters*, *supra* note 247.

D'abord, il faut noter que les gouvernements ont toujours eu la possibilité de faire appel à la CMI pour enquêter sur des questions et faire rapport²⁵⁴. Ensuite, les gouvernements centraux du Canada et des États-Unis ont récemment reconfiguré leurs intérêts en élargissant le mandat de la CMI afin de lui permettre d'examiner et de faire rapport sur des questions concernant la qualité de l'air, un sujet évidemment lié aux questions environnementales²⁵⁵.

Même si ces rapports ne sont pas formalisés dans les instruments juridiques traditionnels, il n'en reste pas moins qu'ils apportent un certain apport normatif. En effet, conformément au constructivisme en général et à la théorie du régime en particulier, la normativité n'est pas une idée arrêtée. Elle s'étend plutôt sur un *continuum* qui va de la simple discussion sur des politiques communes à une entente contraignante et immédiatement applicable. Ainsi, « [t]he failure of the United States and Canada to allow the IJC to evolve into a producer of substantive norms certainly does not mean that the IJC is irrelevant or ineffective. [En effet, il faut reconnaître que les] [c]ontextual regimes are important [...]»²⁵⁶, puisque « the most important role accorded to the IJC (CMI) has probably been its fact-finding and reporting jurisdiction²⁵⁷. » Et une conclusion de faits commune est déjà un très grand pas en avant dans une perspective de recherche de coopération.

Toutefois, et en dépit de l'utilité manifeste de la CMI et du traité duquel elle découle, il n'en reste pas moins que l'ambivalence quant à la perception des intérêts réciproques du Canada et des États-Unis a paralysé dans une bonne mesure une tentative de gestion bipartite des eaux des Grands Lacs. Même si les deux acteurs ont depuis peu tenté une

²⁵⁴ *Traité sur les eaux limitrophes*, *supra* note 243, art. 9

²⁵⁵ *Accord Canada-États-Unis sur la qualité de l'air*, Canada et États-Unis, 13 mars 1991, 31 I.L.M. 1312.

²⁵⁶ Brunnée, Toope and the IJC mandate, *supra* note 250 à la page 286. D'ailleurs, les auteurs répondent aux critiques en précisant à la page 287 que « [p]roposals to turn the IJC into an adjudicatory agency with independent powers of enforcement are misconceived, or at best premature. [...] Meanwhile, the IJC is useful and modestly influential. Turning it into a pseudo-judicial entity would undermine, not enhance, its effectiveness. »

²⁵⁷ *Ibid* à la page 282.

recomposition de leurs intérêts dans ce domaine, en intégrant l'environnement comme aspect structurant de leur mandat (identité), ceux-ci ont, entre-temps, créé un vacuum juridique ayant incité d'autres acteurs à développer une identité sur le même sujet.

En conséquence, à la lumière de ce qui vient d'être exposé, certaines conclusions s'imposent. Premièrement, il y a eu une reconfiguration de l'intérêt étatique que le *Traité sur les eaux limitrophes* était censé protéger. Alors que, d'un point de vue téléologique, le *Traité sur les eaux limitrophes* était supposé protéger à l'origine un point géostratégique fondamental pour le Canada et les États-Unis, il est aujourd'hui principalement utilisé afin d'assurer une gestion environnementale des eaux des Grands Lacs. Deuxièmement, la CMI a toujours été incapable de favoriser l'émergence de règles juridiques exécutoires eu égard à ses compétences juridictionnelles et arbitrales. Troisièmement, et en conséquence de ce qui précède, la CMI a vu sa compétence évoluer. D'organe juridictionnel binational inefficace, elle met aujourd'hui de l'avant son mandat d'enquête afin de légitimer son existence.

C'est essentiellement ce contexte particulier qui a permis l'apparition d'un nouveau cadre normatif au mandat concurrent. En effet, les provinces canadiennes et les États américains bordant les Grands Lacs ont développé un cadre juridique qui recoupe, dans une large mesure, les mêmes objectifs environnementaux que le *Traité sur les eaux limitrophes* et que la CMI dessert aujourd'hui.

Au cœur de cette transformation, reposent des perceptions différentes concernant la dévolution de la compétence constitutionnelle sur la gestion environnementale des eaux. En fait, si au moment de la conclusion du *Traité sur les eaux limitrophes* il apparaissait à l'Empire Britannique et aux États-Unis que la gestion de ces eaux relevait d'un intérêt

d'importance nationale devant être traité comme tel, il en va tout autrement depuis les cinquante dernières années²⁵⁸.

b. D'une identité à l'autre

Vu l'avancement des travaux entre provinces et États américains sur cette question, il est de plus en plus clair que le gouvernement fédéral canadien craint pour sa compétence en cette matière. D'abord, il convient de souligner que l'annexe à la *Charte des Grands Lacs*, dont nous préciserons les dispositions ci-dessous, suscite certains questionnements relatifs au partage des compétences constitutionnelles au Canada comme aux États-Unis. C'est dans cet esprit « que le Département d'État des États-Unis a demandé l'ajout dans le Pacte d'une disposition de non-dérogation établissant clairement la préséance du Traité [sur les eaux limitrophes]²⁵⁹. » Rassuré par cette approche, le comité permanent de l'environnement et du développement durable suggère au gouvernement du Canada de faire de même²⁶⁰. Il faut toutefois noter que dans les *Ententes de 2005*²⁶¹, les États n'ont pas tenu compte de cette proposition et ont plutôt prévu, à l'article 701(2), que l'Entente « ne porte pas atteinte à l'application du *Traité des eaux limitrophes* de 1909 dont les dispositions demeurent applicables en plus des dispositions de l'Entente. »

²⁵⁸ En grande partie, le contentieux repose sur la question de savoir si cette gestion relève d'un intérêt local ou national. À ce sujet, les auteurs Brunnée, Toope and the IJC mandate; *supra* note 250, font remarquer à la page 281, à propos de la complexification des interactions entre les intérêts locaux et nationaux dans les mécanismes de régulation et de gestion des Grands Lacs, que: « [w]hile state and provincial governments around the Great Lakes may be more susceptible to industry demands for weak controls on toxic chemical production, local movements of civil society may also exert proportionately greater pressure upon regional government. It is instructive to note the agreement between the Great Lakes states and provinces to resist any diversion of waters to the arid United States regions, a result of clear commonality of interest and significant public pressure. »

²⁵⁹ Rapport du Comité permanent, *supra* note 249 aux pages 16 et 17.

²⁶⁰ *Ibid.* Dans sa *Réponse du Gouvernement au deuxième rapport du comité permanent de l'environnement et du développement durable*: « *Ententes de mise en œuvre de l'annexe de 2001 de la Charte des Grands Lacs* de 2005 (en ligne, site du Parlement du Canada : <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=8976&Lang=2&SourceId=117023>) le gouvernement se disait entièrement d'accord avec cette recommandation.

²⁶¹ *Entente de 2005*, *infra* note 287.

Ces débats démontrent bien la place importante qu'occupent désormais les États et provinces dans le régime de protection des Grands Lacs. Fruit d'une collaboration et d'un travail soutenus depuis longtemps, ces États fédérés sont en effet aujourd'hui des acteurs centraux dans les débats entourant ce sujet. Évidemment, cette collaboration étroite et les craintes en matière de compétence constitutionnelle qu'elle semble générer ne sont pas sans créer certaines difficultés pour le gouvernement fédéral canadien. La situation canadienne et l'état d'esprit du gouvernement ont été admirablement résumés dans le témoignage d'un fonctionnaire d'Environnement Canada. Il s'exprimait ainsi devant le comité permanent de l'environnement et du développement durable le 16 novembre 2004 :

Il existe un problème plus vaste à propos du rôle des provinces, du gouvernement et des États dans les dossiers concernant l'eau. Quand j'ai commencé à travailler au gouvernement fédéral, il y a environ 40 ans, les eaux limitrophes étaient presque entièrement gérées par le gouvernement du Canada. Au fil des ans, les provinces et les États se sont de plus en plus occupés de cette gestion. Le gouvernement fédéral estimait que, dans bien des cas, il valait mieux laisser les provinces et les États [américains] régler eux-mêmes leurs petits différends, car il y en avait des centaines et ils en étaient capables. Avec le temps, ils sont devenus meilleurs. Mais il se pourrait qu'au cours des 40 dernières années, nous soyons allés trop loin²⁶².

Ce témoignage permet de mettre en lumière deux aspects essentiels du débat. Le premier concerne l'exercice d'une fonction par des acteurs et l'impact de cet exercice sur le développement et la consolidation des identités. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'interaction entre acteurs développe les identités particulières dont dépendent les intérêts. En l'espèce, l'interaction entre les acteurs participant au régime a consolidé leurs identités en matière de gestion des eaux des Grands Lacs. De la même façon, la perception du gouvernement fédéral selon laquelle les « petits conflits » pouvaient être réglés par les États et provinces a contribué à consolider l'identité provinciale sur cette même matière tout en affaiblissant l'identité fédérale. À cet égard, nous verrons dans la prochaine partie que le fonctionnaire Ralph Petland a parfaitement raison lorsqu'il explique qu'au fil du temps, les provinces sont devenues meilleures. La sophistication

²⁶² Témoignage de Ralph Petland, Rapport du Comité permanent, *supra* note 249 à la page 22.

des instruments de gestion des Grands Lacs par les États américains et les provinces est assez explicite à cet égard.

Le second aspect fondamental relève aussi d'une question identitaire fort importante et permet de mettre en lumière un aspect vital du débat : au Canada, le partage des compétences en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁶³ est un élément de fond qui non seulement préoccupe le gouvernement du Canada, mais qui donne aussi une raison pour laquelle les provinces peuvent légitimement agir en matière de gestion environnementale des eaux des Grands Lacs. Nous examinerons donc cette question sommairement avant de présenter l'action internationale des provinces sur ce sujet.

Une première remarque intéressante concernant les compétences constitutionnelles en matière de protection de l'environnement peut être faite. À l'instar de la question de la capacité internationale, le pouvoir sur la gestion des problèmes environnementaux n'était pas expressément accordé à l'un ou l'autre des ordres de gouvernements dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence sur ce pouvoir a donc dû faire l'objet d'une adaptation par les tribunaux canadiens.

La position dominante, aujourd'hui, est de considérer « la pollution et l'environnement [comme] des agrégats de matières tant provinciales que fédérales [...] »²⁶⁴. C'est du moins le point de vue que semble privilégier la Cour suprême du Canada dans les opinions qu'elle a émises sur le sujet. En effet, distinguant ses propos antérieurs énoncés dans son *Avis sur la Loi anti-inflation*²⁶⁵ ainsi que dans son arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*²⁶⁶, la Cour précise dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports du Canada* :

²⁶³ *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3.

²⁶⁴ Henry Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la page 560.

²⁶⁵ [1976] 2 R.C.S. 373, à la page 458.

²⁶⁶ [1988] 1 R.C.S. 401. La Cour précise en effet que la théorie des dimensions nationales peut fonder la compétence du Parlement du Canada en matière d'environnement sur certains sujets d'une grande importance telle la pollution des mers dans cette affaire. Ainsi, et malgré la méthode d'analyse

Je suis d'accord que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas conféré le domaine de l'environnement comme tel aux provinces ou au Parlement. L'environnement, dans son sens générique, englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. [...] Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude. On a élaboré diverses méthodes analytiques pour régler ce problème; toutefois, il n'en existe pas une seule qui conviendra dans tous les cas. [...] À mon avis, on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que par leur inaction. Pour mieux comprendre, on doit examiner des pouvoirs spécifiques²⁶⁷.

Ces pouvoirs spécifiques sont nombreux et la compétence des provinces à participer à la gestion environnementale des Grands Lacs n'est pas vraiment contestée. Au contraire, même si elle est susceptible de créer, de temps à autre, des craintes en matière de partage des compétences, elle fait généralement l'objet d'une reconnaissance clairement affirmée. Par exemple, la CMI, dans une étude de 1999 sur les activités de protection commandée par les États-Unis et le Canada, estimait que :

La *Loi constitutionnelle* [de 1867] prévoit, avec quelques réserves, que les provinces jouissent également d'une autorité importante découlant de leurs droits exclusifs. La *Loi constitutionnelle* prévoit, avec quelques réserves, que les provinces sont propriétaires de toutes les terres publiques (y compris l'eau). Les pouvoirs législatifs des provinces étayent largement leurs pouvoirs exclusifs et incluent des pouvoirs concernant la gestion et la vente de terres publiques, les entreprises et ouvrages locaux, les droits de propriété et civils

expliquée ci-dessous, la théorie des dimensions nationales peut être un fondement acceptable du pouvoir du fédéral en matière d'environnement, lorsque l'objet de la loi n'est pas lui-même un agrégat et qu'il remplit les critères relatifs à la théorie de la dimension nationale. Voir à cet effet *Avis sur la Loi anti-inflation*, *supra* note 265.

²⁶⁷ *Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports du Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3 aux pages 77, 78 et 79 de la version électronique de Lexum (le juge Laforest). La majorité de la Cour, à nouveau sous la plume du juge LaForest, réitérera ce principe dans son arrêt *R. c. Hydro-Quebec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 27 et 28.

dans la province et généralement toutes les questions de nature locale ou privée. (Nous soulignons.)²⁶⁸

De la même façon, la littérature scientifique sur la question reconnaît généralement la compétence des provinces sur les questions environnementales qui découlent de leurs pouvoirs spécifiques, même si, évidemment, des désaccords existent sur certaines questions ponctuelles²⁶⁹.

En résumé, le cadre constitutionnel et la perception des acteurs, notamment celle du gouvernement fédéral, ont fait en sorte que les États américains et les provinces canadiennes ont pu entreprendre la construction d'un régime aujourd'hui très développé.

Quel est aujourd'hui le contenu de ce régime juridique que les États fédérés ont créé à travers leurs interactions ? Corollairement, où se situe aujourd'hui l'identité de l'acteur « État du Québec » suite à cette participation au régime ? C'est maintenant à ces deux questions qu'il convient de s'attaquer.

²⁶⁸ Commission Mixte Internationale, *Rapport final sur la protection des eaux des Grands Lacs*, no. 1284 1999, Site de la Commission Mixte Internationale, en ligne : <http://www.ijc.org/php/publications/html/interimreport/interimreportf.html>.

²⁶⁹ Paul Edmond « The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution » (1972) 10 *Osgoode Hall L.J.* 647; Edward A. Fitzgerald «The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act » (1996) 30 *U.B.C. L. Rev.* 55; Pierre Brûn, « La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement » (1993) 24 *R.G.D.* 191 ; Jean Leclair, « Aperçu de l'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada » (1995) 21 *Queen's L.J.* 37 ; Jean Leclair «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement» (1996) 27 *R.G.D.* 137; Dale Gibson, « Constitutionnal Jurisdiction over Environmental Management in Canada » (1973) 23 *U.T.L.J.* 54; Bowden, Marie-Ann. « Friends of the Oldman River Society v. Canada et al: Two Steps Forward, One Step Back » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 209.

C. L'action internationale du Québec en matière de protection des Grands Lacs

Dans nos considérations théoriques, nous avons expliqué que la seule finalité systémique du constructivisme rejoignait notre commentaire prescriptif sur le plan juridique : le maintien des espaces discursifs. À la lumière du constructivisme juridique, nous avons vu que ces espaces discursifs prenaient la forme d'un régime, dans le sens où nous l'avons décrit. Nous présenterons donc d'abord comment cet espace particulier, autrement dit ce régime, a permis aux États fédérés de produire un cadre normatif aujourd'hui très raffiné. Nous terminerons ensuite cette partie en abordant la question fondamentale de l'identité du Québec à l'intérieur de ce régime.

a. Création normative dans les espaces discursifs²⁷⁰

La Commission des Grands Lacs (CGL) a été constituée en 1955 à l'initiative d'États américains bordant cette immense réserve d'eau douce. Elle est la seule organisation régionale à être pourvue d'un mandat statutaire visant à protéger les Grands Lacs. Sa constitution et ses objectifs ont été définis et reconnus dans le *Great Lakes Basin Compact*²⁷¹, document dont la réalisation a été rendue possible grâce aux législations des États membres. Son existence a ensuite fait l'objet d'une consécration finale en 1968 par le Congrès des États-Unis en vertu du *Public Law 90-419*²⁷² qui définit son champ

²⁷⁰ Le texte contenu dans cette partie III. C. a. est inspiré de ce qui est présenté sur le site internet de la Commission à la rubrique *about us* en ligne, site de la Commission des Grands Lacs : <http://www.glc.org/about/> [Site de la CGL] et du Site du Conseil des gouverneurs, en ligne : <http://www.cglg.org/> [Site de la CG]. Des références plus précises seront mises au besoin pour préciser les liens électroniques concernant la présentation que font ces organismes de leurs compétences.

²⁷¹ Pub. L. No. 90-419, 82 Stat 414 (1968). Ce document ainsi que son historique peuvent être consultés sur le site de la CGL. Site de la CGL, *supra* note 270 en ligne : <http://www.glc.org/about/glbc.html>

²⁷² Il faut noter qu'aux États-Unis, en général, les ententes entre états doivent faire l'objet d'un consentement de la part du congrès américain afin de donner plein effet à celles-ci. Ce principe est enchâssé dans la Constitution américaine (U.S. Const. Art. I, § 2, cl. 3).

d'action. Les limites de cette compétence ont été énumérées à l'article 1 du *Great Lakes Bassin Compact*, article qui se lit comme suit :

The purposes of this compact are, through means of joint or cooperative action:

1. To promote the orderly, integrated, and comprehensive development, use, and conservation of the water resources of the Great Lakes Basin (hereinafter called the Basin).
2. To plan for the welfare and development of the water resources of the Basin as a whole as well as for those portions of the Basin which may have problems of special concern.
3. To make it possible for the states of the Basin and their people to derive the maximum benefit from utilization of public works, in the form of navigational aids or otherwise, which may exist or which may be constructed from time to time.
4. To advise in securing and maintaining a proper balance among industrial, commercial, agricultural, water supply, residential, recreational, and other legitimate uses of the water resources of the Basin.
5. To establish and maintain an intergovernmental agency to the end that the purposes of this compact may be accomplished more effectively.

En conformité avec ce mandat général, la Commission a principalement un mandat de recherche et de lobbying pour les positions communes de ses membres. Elle privilégie donc trois grands axes d'action au travers desquels elle s'acquitte de son mandat, soit :

- **Facilitation de la communication** entre, d'une part, les États membres et, d'autre part, la communauté des Grands Lacs et du St-Laurent;;
- **Recherche, développement et coordination de politique** sur des sujets d'intérêt régional; et
- **Soutenance** des positions communes aux membres.

Autrement dit, la CGL sert de forum dans lequel les membres et des observateurs (incluant les gouvernements fédéraux du Canada et des États-Unis) peuvent venir débattre des grands enjeux touchant la protection environnementale des Grands Lacs. En fait, la fonction principale du *Great Lakes Bassin Compact* était, à l'époque, « limited to gathering data and making non-binding recommendations regarding research and

cooperative programs. » D'ailleurs, « this function [was] purely advisory – the Great Lakes Basin Compact makes clear that no action of the Great Lakes Commission shall have the force of law in, or be binding upon, any state²⁷³. »

Au départ, la CGL ne comprenait que des États américains. Depuis, la CGL a élargi le nombre de ses participants pour inclure certaines provinces canadiennes et est devenue ce qu'elle se plaît à nommer une agence binationale (binational agency)²⁷⁴. En effet, les provinces de Québec et de l'Ontario ont pu rejoindre les membres actifs de la Commission en 1999 par la signature de la *Declaration of Partnership*. La signature de ce document a permis aux deux provinces « to appoint a delegation of representatives to the Great Lakes Commission, for the purpose of participating in meetings and activities as provided for in the Great Lakes Basin Compact²⁷⁵. » Ce serait la seule agence du genre au monde. Toutefois, elle n'est pas la seule organisation à s'occuper de la question de la protection des Grands Lacs.

En effet, en 1983, six États riverains s'unirent pour créer le Council of Governors (CG). En 1989, New York et la Pennsylvanie se joignirent à eux. Contrairement à la CGL, le CG (soulignons que les deux organismes sont constitués des mêmes membres) a un mandat plus corporatiste. En effet, le CG a pour mission de favoriser un développement économique respectueux de l'environnement des Grands Lacs²⁷⁶. C'est d'ailleurs cette impulsion fondamentale qui constitue le socle de la *Charte des Grands Lacs*²⁷⁷ sur laquelle les États se sont mis d'accord en 1985. Ils ont d'ailleurs rapidement été rejoints par les gouvernements du Québec et de l'Ontario dans le cadre de cette initiative.

²⁷³ Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 423.

²⁷⁴ Site de la CGL, *supra* note 270.

²⁷⁵ *Déclaration of partnership*, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 21 septembre 1999, no.1999-04 (entrée en vigueur : octobre 1999).. En ligne, site de la CGL, *supra* note 270 : <http://www.glc.org/about/pdf/declarations.pdf>

²⁷⁶ Il s'exprime lui-même en ces termes : « To encourage and facilitate environmentally responsible economic growth. » Site de la CGL, *supra* note 270 à : <http://www.cglg.org/Overview/mission.asp>

²⁷⁷ *Charte des Grands Lacs*, *infra* note 278.

Une autre des différences notables qui existent entre le CG et la CGL est probablement le fait que le CG s'occupe de négocier et conclure les ententes, alors que la CGL exécute des fonctions de nature plutôt informationnelle dans le sens où elle s'occupe principalement de produire de la documentation qui vise, entre autres, à élaborer des politiques publiques à venir et à les gérer.

La CGI recèle une capacité potentielle de promouvoir un certain développement normatif en matière de gestion des eaux en produisant des rapports, un peu à l'image de la CMI. Cependant, nous nous concentrerons pour l'instant sur les traités que gèrent les États et provinces, par le biais du CG, afin d'illustrer fidèlement ce que nous nous proposons d'analyser : les accords en tant que tels.

En 1985, les États américains riverains et les provinces du Québec et de l'Ontario s'entendaient sur l'adoption d'un document appelé la *Charte des Grands Lacs*²⁷⁸. C'est après d'importantes rencontres et de nombreuses discussions que les États et provinces ratifièrent ce document qui reposait sur un certain nombre de principes cardinaux dont :

- le maintien des débits et les niveaux des eaux des Grands Lacs et des cours d'eau qui les relient ;
- l'équilibre de l'écosystème du bassin des Grands Lacs ;
- l'élaboration et la mise en œuvre d'un programme coopératif de gestion des ressources en eau du bassin ;
- la protection des aménagements situés à l'intérieur de la région et l'établissement de bases solides en vue des futurs investissements et développements dans la région²⁷⁹.

²⁷⁸ *Charte des Grands Lacs*, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 11 février 1985, no. 1985-03 (entrée en vigueur : 11 février 1985). [Charte des Grands Lacs]

²⁷⁹ Site du conseil des gouverneurs, *supra* note 270, en ligne : <http://www.cglg.org>.

D'une façon plus précise et technique, nous pourrions également ajouter que la *Charte des Grands Lacs* repose sur trois pivots essentiels incorporés dans le texte de l'entente. Noah D. Hall les résume de la façon suivante :

(1) the commitment of the states and provinces to manage and regulate new or increased consumptive uses or diversions of Great Lakes water greater than 2,000,000 gallons per day ("gpd"); (2) the prior notice and consultation procedure with all of the states and provinces for new or increased consumptive uses or diversions of Great Lakes water greater than 5,000,000 gpd; and (3) the commitment of the states and provinces to gather and report comparable information on all new or increased withdrawals of Great Lakes water greater than 100,000 gpd²⁸⁰.

Toutefois, la conclusion de cette entente ne semblait pas en permettre une application assez rigoureuse, dans le sens où il n'existait pas de mécanisme de mise en œuvre assez précis pour en assurer une application efficiente. Cette déficience de la *Charte* fut patente lorsque différents projets d'exportation de grandes quantités d'eau furent mis de l'avant pendant les années 1990, laissant les gouvernements réduits à un rôle d'observateurs impuissants²⁸¹. Certains ont avancé, comme explication à ces défaillances, la faiblesse des mécanismes décisionnels incorporés dans le document. Comme le fait remarquer Noah D. Hall, la « Great Lakes Charter does not provide a mechanism or remedy if this extensive consultation process proves fruitless or if one state persists despite other's objections²⁸². »

²⁸⁰ Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 424.

²⁸¹ Le ministère du Développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, rappelle ces problèmes lorsqu'il explique : « Les inquiétudes suscitées par divers projets d'exportation de grandes quantités d'eau ont entraîné en juin 2001 la signature d'une entente supplémentaire, connue sous le nom d'Annexe 2001 à la Charte des Grands Lacs. » Site du Ministère du Développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, en ligne : <http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/grandslacs/2005/index.htm>.

²⁸² Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 425. Toutefois, l'auteur admet que le mécanisme instauré par la *Charte des Grands Lacs*, *supra* note 278 ne constitue pas un échec à tous les plans. Ainsi, il explique tout de suite après ce qui vient d'être dit, aux pages 425 et 426 que : « In contrast to the management and regulatory commitments, the information and reporting commitments have been largely met by the states and provinces. The states and provinces have all

Les parties, insatisfaites, conclurent donc qu'il était devenu urgent d'élaborer conjointement un certain nombre de normes destinées à servir de critères d'évaluation pour d'éventuels projets d'exportation d'eau. C'est ainsi qu'en 1999, les signataires planchèrent sur une nouvelle entente qui comprendrait des mécanismes d'action plus efficaces.

Les discussions aboutirent enfin le 18 juin 2001 lorsque les dirigeants des gouvernements (Gouverneurs et Premiers ministres) signèrent *l'Entente additionnelle à la Charte des Grands Lacs*²⁸³. Cette entente, bien que destinée à réaffirmer les principes cardinaux en matière de protection des Grands Lacs²⁸⁴ par l'édiction de règles plus contraignantes, n'a pourtant pas atteint le caractère de finalité qu'on aurait voulu lui donner. Elle déterminait plutôt un échéancier pour les parties afin qu'elles s'entendent sur une série de normes obligatoires visant à mettre en pratique les principes de 1985²⁸⁵. L'entente mit également en place une série de directives destinées à améliorer la

enacted authority to meet their commitment to gather and report comparable information on all new or increased withdrawals of Great Lakes water greater than 100,000 gpd (averaged over any 30-day period). However, poor compliance and underfunded reporting programs have resulted in a continued lack of data and information regarding Great Lakes water withdrawals. »

²⁸³ *Entente additionnelle à la Charte des Grands Lacs*, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 18 juin 2001, no. 2001-05 (entrée en vigueur : 18 juin 2001).. [Entente de 2001]

²⁸⁴ Sur cet aspect, voir Charles Bédard, cadre juridique, *supra* note 231 à la page 141.

²⁸⁵ *Entente de 2001*, *supra* note 283. Les parties parlent en effet de « directives [...] pour concrétiser les principes de la Charte. » *Ibid*, dans le préambule. La directive 1 prévoit d'ailleurs que :

Les gouverneurs et les premiers ministres conviennent de préparer immédiatement un accord obligatoire touchant l'ensemble du bassin, formé par exemple d'une entente entre les États et d'un accord, protocole ou convention entre les États et les provinces, selon ce qui pourra être nécessaire à la réalisation d'un tel accord dans les trois années suivant la date d'entrée en vigueur de l'annexe. Cet accord aura pour but de confirmer l'objectif des gouverneurs et des premiers ministres consistant à protéger, à conserver, à restaurer, à améliorer et à gérer les eaux du bassin des Grands Lacs et les ressources naturelles qui en dépendent. Cet accord maintiendra les pouvoirs établis sur la gestion des eaux du bassin des Grands Lacs et viendra étayer et consolider la structure existante et les efforts collectifs de gestion déjà déployés par les diverses organisations gouvernementales dans le bassin des Grands Lacs. (Nous soulignons.)

communication et la discussion entre les parties afin d'en arriver le plus rapidement possible à une entente conforme aux objectifs visés²⁸⁶.

C'est dans ce cadre que le 13 décembre 2005, les parties signèrent les *Ententes sur les ressources en eaux durables des Bassins des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent*²⁸⁷. Ces ententes définitives survinrent après le rejet de deux projets d'ententes antérieurs en 2004 et 2005.

Outre l'énumération et la description qui sont faites des standards à maintenir et des méthodes de calcul pour s'assurer que les objectifs visés sont atteints, le grand intérêt des ententes de 2005, d'un point de vue du droit international public, se trouve surtout dans les obligations que le traité imposent aux États fédérés et les mécanismes juridiques qu'il instaure²⁸⁸.

Nous ne nous attarderons que sur ces aspects car ils constituent à notre sens la preuve la plus probante de l'exercice d'une capacité internationale par les États fédérés. Nous verrons en effet que les mécanismes d'implantation mis en place sont de même nature que ceux que l'on retrouve dans de nombreux traités en droit international.

²⁸⁶ *Entente de 2001*, *ibid*, voir notamment les *directives* 2 et 5 nommées respectivement « Élaborer un vaste programme de participation publique » et « Élaborer un système d'aide à la décision visant l'utilisation de la meilleure information disponible. » Pour une discussion détaillée concernant les différentes politiques et les consensus acquis durement lors des négociations, voir Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 aux pages 432-435.

²⁸⁷ *Ententes sur les ressources en eaux durables des Bassins des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent*, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 13 décembre 2005, no. 2005-07 (entrée en vigueur : 60 jours après la dernière notification de l'accomplissement des procédures légales requises à cet effet).. [*Entente de 2005*] Voir à ce sujet le Council of Great Lakes Governors, Communiqué, « Governors and Premiers sign Agreements to protect Great Lakes Water » (13 décembre 2005), *Site du CG*, *supra* note 270 à : http://www.cglg.org/projects/water/docs/12-13-05/Annex_2001_Press_Release_12-13-05.pdf.

²⁸⁸ Pour une discussion concernant les nombreux autres mécanismes de consultation, de notification, de rapport et de recherche, voir Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 aux pages 435-448.

En effet, les *Ententes de 2005* sont calquées sur les traités internationaux conclus entre États pleinement « souverains », ententes qui respectent généralement le cadre juridique de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et qui créent de véritables obligations en droit international public²⁸⁹. Comme le faisait remarquer Noah D. Hall « [t]he proposed compact contains broad and comprehensive enforcement provisions at both the state and interstate provision²⁹⁰. »

Voici certaines illustrations de cette affirmation. D'abord, on retrouve aux articles 102 et 709 une obligation pour les parties d'incorporer dans leurs législations internes les mesures comprises dans le document qu'elles ont ratifié, et ce, à des dates spécifiques. Ensuite, le chapitre 6 met en place une procédure complète de règlement des différends dont les états peuvent se prévaloir s'ils estiment que les « normes » comprises dans les ententes ont été violées par une autre partie. Aussi, l'article 210 prévoit même que les parties ont l'obligation de mettre en place un mécanisme de révision judiciaire permettant de faire contrôler la légalité d'une décision prise par une partie concernant ses obligations prévues dans le chapitre 2 des *Ententes de 2005*.

Mais il y a plus. En effet, les parties ne se sont pas contentées d'élaborer un certain nombre de normes destinées à être incorporées dans les législations nationales. Elles ont de plus mis sur pied une organisation qui doit, selon l'article 400(2)a), « [a]ssurer, en conformité avec les dispositions de l'Entente, le fonctionnement d'un processus formel pour les demandes qui requièrent un examen régional et qui procure ainsi une occasion d'aborder les diverses préoccupations soulevées dans le bassin [...] ». Cet organisme, nommé le Conseil régional des ressources en eau des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent, a tenu sa première réunion le 6 juin 2006²⁹¹.

²⁸⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 23.

²⁹⁰ Noah D. Hall, *Interstate Water Management*, *supra* note 232 à la page 444.

²⁹¹ Voir Council of Great Lakes Governors, Communiqué, « Great Lakes St.-Lawrence Regional Body Holds Historic First Meeting, Premier McGuinty elected Vice-Chair », (6 juin 2006), *Site du CG*, *supra* note 270 à : <http://www.cglg.org/projects/water/docs/PressRelease6-6-06.pdf>

En somme, toutes ces obligations contractées démontrent le chemin qui a été parcouru depuis la *Charte des Grands Lacs*, document qui était qualifié « d'entente de bonne foi²⁹². » On observe, de la même façon, à quel point la participation à ce régime crée un ensemble normatif très élaboré que l'on peut espérer très efficace. En tout état de cause, il faut surtout insister sur le fait que ces ententes contiennent des « obligations » et qui dit « obligations » dit normes en vertu desquelles ces obligations existent. Dans la mesure où ces obligations ne relèvent pas d'un droit national – et qu'elles ne sont pas de simples règles morales – il faut bien qu'elles relèvent d'un droit interétatique.

En résumé, et pour faire le lien avec notre discussion théorique initiale, nous avons pu observer clairement l'efficacité du constructivisme juridique comme modèle analytique. En effet, à la lumière de l'exemple que nous venons de donner, il est assez évident que l'évolution des normes que nous avons observée « arise, often in embryonic form, from intersubjective meanings which are generated within formal and informal international regimes²⁹³. » Comme nous l'avons par ailleurs expliqué, nous avons vu à quel point l'interaction a renforcé le pouvoir normatif du régime.

Sur la question de la configuration de l'identité et des intérêts, il existe à notre avis un constat important à poser à ce point-ci de la discussion. Il est en effet évident qu'au fur et à mesure que les acteurs interagissaient, ils acquéraient toujours plus profondément la conviction qu'ils étaient des joueurs importants dans la gestion et la protection des Grands Lacs en plus de se percevoir comme des entités ayant la capacité de mettre sur pied un cadre normatif obligatoire et efficace. En langage strictement juridique, nous pourrions dire que les acteurs ont acquis la certitude que leurs actions dans ce domaine étaient légitimes. Aussi, il est assez évident que cette perception a renforcé leur

²⁹² En fait, c'est encore le nom que lui donne le gouvernement du Canada. Voir Site du Ministère d'Environnement Canada, en ligne : <http://www.on.ec.gc.ca/greatlakes/default.asp?lang=Fr&n=BA0D657B-1> . C'est aussi le nom que lui ont donné l'Ontario et le Michigan jusqu'à la signature des *Ententes de 2005*, *supra* note 287, le 13 décembre 2005.

²⁹³ Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92 à la page 102.

conviction que la gestion et la protection de ces réserves d'eau douce constituaient un intérêt important pour eux.

Dans le même ordre d'idée, nous avons observé le pouvoir des valeurs (l'environnement) sur le régime qui renforçait lui-même par la suite l'identité des acteurs. Comme nous le disions plus tôt, « [v]alue help to shape regimes and regimes come to affect the self-definition of international actors, which in turn modifies value²⁹⁴. » En somme, nous avons observé exactement ce que présuppose l'approche pluraliste du constructivisme juridique selon laquelle « [i]n a plural world, law is an ongoing process of articulation, adaptation, re-articulation, absorption, resistance, deployment, and on and on²⁹⁵. »

Toutefois, nous estimons à ce point notre discussion incomplète. En effet, nous pensons qu'il est un peu court de simplement constater qu'à l'égard de la configuration de l'identité dans le cadre du régime de protection des Grands Lacs, le Québec a profité d'un vacuum créé par le fédéral pour consolider son identité et sa compétence en matière environnementale. Puisque nous prétendons procéder à une analyse à forte saveur sociologique, nous estimons important d'approfondir un peu cette dimension qui nous permettra par ailleurs d'étoffer notre approche interdisciplinaire sciences politiques/droit. Ce dernier volet nous permettra d'illustrer clairement une hypothèse importante que nous avons avancée plus tôt. Cette hypothèse, disions-nous alors, nous permettait d'éviter d'observer notre problématique tel Janus, en cloisonnant les perspectives droit constitutionnel/droit international. À cet effet, nous estimions, conformément aux hypothèses pluralistes du constructivisme juridique, que « a statement of norms is slowly internalized by a population, that statement will have important binding force, often even more so than a formal law backed by state sanction²⁹⁶. » C'est par une étude un peu plus poussée de l'aspect identitaire de la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs que nous croyons pouvoir répondre à cette question.

²⁹⁴ *Ibid* à la page 98.

²⁹⁵ Paul Schiff Berman, *Pluralist Approach to International law*, *supra* note 104 à la page 329.

²⁹⁶ *Ibid* à la page 323.

b. L'aspect identitaire de la participation du Québec

Il existe une façon d'analyser sur le plan sociologique et politique l'identité internationale d'un acteur public dont les caractéristiques essentielles sont très semblables à celles d'un État entièrement souverain. Mais avant d'en arriver là, nous pensons utile de tout de suite expliquer notre point de vue quant à l'aspect juridique de la question identitaire.

Il est d'abord important de rappeler que, pour les partisans de la théorie du régime, en particulier, et du constructivisme en général, l'identité est la *causa causans* des intérêts. C'est à partir de celle-ci que tout le reste peut être articulé. Ainsi, l'identité précède nécessairement les intérêts. Comme le faisaient d'ailleurs remarquer les professeurs Brunnée et Toope, « [t]he essential constructivist commitments are to the priority of identity over interest (...) »²⁹⁷. » D'autre part, nous l'avons souligné précédemment, il y a la nécessité pour les juristes d'utiliser des concepts précis qui permettent une application normative plutôt que des termes si amorphes qu'ils ne sont pas opératoires dans la mécanique juridique. C'est ainsi que nous devons comprendre la notion d'identité, si précieuse en matière de relations internationales, dans ses expressions juridiques concrètes. Autrement dit, nous chercherons à saisir les présupposés juridiques sous-jacents à la notion d'identité.

Nous pensons tout de suite pouvoir dire que l'identité partage des liens très étroits avec la notion de personnalité juridique internationale qui est elle-même une notion inextricablement liée à la question de la souveraineté. En fait, pour nous, l'identité permet la création d'un corps politique, une unité d'action pour une pluralité d'individus. Cette unité se reflète ensuite dans le discours juridique par la reconnaissance d'un statut : la personnalité juridique. Cette dernière notion de personnalité juridique est historiquement liée à l'acquisition de la souveraineté. En fait, la souveraineté est le

²⁹⁷ Brunnée et Toope, *International Interactional Theory*, *supra* note 92 à la page 32.

mode d'acquisition de la personnalité juridique internationale le plus connu du droit international public.

Dans cette même vision des choses, et suivant le professeur Paul Kahn²⁹⁸, il est possible de distinguer deux types de souveraineté autour desquels s'articule et se construit l'ordre juridique international. La première, qu'il nomme souveraineté négative, exprime sensiblement la même idée que la boîte noire en droit international, notion dont nous avons parlé ci-dessus. Cette souveraineté négative « defined boundaries that were to protect one state from the intervention of others²⁹⁹. »

Pour le professeur, la souveraineté positive a, quant à elle, des racines bien plus profondes et constitue le sens à donner à sa forme négative. Kahn définit la souveraineté positive comme un ensemble plus large à l'intérieur duquel se définit la question évolutive de l'identité des acteurs en particulier et du système international en général. La souveraineté positive représente les aspirations d'une communauté politique en répondant à la troublante question « Who am I ? »³⁰⁰.

Les formes négative et positive de la souveraineté sont pour lui intimement liées et l'amènent à conclure que « [...] the aspiration of the modern period was to match the regime of negative sovereignty –state boundaries–with the project of positive sovereignty, understood as the self-formation of a people³⁰¹. The product of that effort is the nation-state, with the boundaries of the state corresponding to the being of the nation as a single, collective actor³⁰². » (nos soulignés) Par conséquent, et suivant la logique du professeur Kahn, la notion fondamentale de souveraineté en droit international public, au sens juridique, repose elle-même sur la notion d'identité.

²⁹⁸ Paul Kahn, « The Question of Sovereignty » (2004) 40 Stan. J. Int'l L. 259 [Kahn, Question of Sovereignty]

²⁹⁹ *Ibid* à la page 260.

³⁰⁰ *Ibid* aux pages 261 et 262 (Nos soulignés).

³⁰¹ Cette idée est très importante puisque, comme nous le verrons tout de suite après, il existe un lien important entre l'exercice célébré d'une capacité internationale par un État fédéré et le nationalisme.

³⁰² Kahn, Question of Sovereignty, *supra* note 298, à la page 262 (nos soulignés).

Ainsi, il ne faut pas, à notre avis, traiter de façon très distincte les termes de souveraineté et d'identité et ce, tant en droit international qu'en théorie des relations internationales. D'autre part, nous avons vu qu'il faut éviter de considérer que ces termes ne s'appliquent qu'aux États pleinement souverains. Ainsi, s'il s'en trouve pour parler de l'identité des provinces³⁰³, ou autres États fédérés, et de leurs intérêts, il faut nécessairement que ceux-ci existent en tant que sujets. Et si ces mêmes sujets ont des relations extérieures, ce qui est la règle dans un monde d'interdépendance, il faut alors avoir le courage de reconnaître la légalité du phénomène en droit international public au lieu de le nier par différents détours intellectuels³⁰⁴. En somme, il faut admettre que l'identité et une forme de souveraineté, qui constituent des socles sur lesquels peut reposer la personnalité juridique internationale, sont toutes deux des attributs que possède le Québec en particulier et la plupart (sinon tous) des États fédérés en général.

Toutefois, le concept d'identité peut sonner creux dans la mesure où l'on n'en connaît pas la véritable composition et que l'on ne peut répondre à la question *who am I*? Ainsi, nous ne pourrions prétendre avoir vidé notre sujet si nous ne présentions pas ce dont est constituée l'identité du Québec dans le cas précis de sa participation au régime de protection des Grands Lacs. C'est à cette dernière question qu'il nous faut maintenant répondre.

³⁰³ Encore récemment, le Premier ministre du Canada, Stephen Harper, déclarait « les Québécois, comme les autres Canadiens, ont des identités provinciales, des identités nationales ou fédérales. » Sylvain Larocque, « Harper contredit Jean, mais refuse de la condamner », *Presse Canadienne*, 26 septembre 2006, en ligne : Site de La Presse <http://www.cyberpresse.ca/article/20060926/CPACTUALITES/609262016/5293/CPSOL>.

³⁰⁴ Par exemple, il peut être pertinent de rappeler une distinction qu'effectuait la Cour suprême du Canada entre les ententes de l'État fédéral et celles que peuvent conclure les provinces. La Cour expliquait en effet dans son arrêt *P.G. Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137 que bien que les provinces puissent conclure des « ententes » avec des acteurs extérieurs, cela ne crée pas d'obligation en droit international public, puisque ces « ententes » ne constituent pas des traités au sens strict du terme. Cette même Cour précisera plus tard dans le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86, que c'est à titre privé; et conformément au principe de l'État gestionnaire, que les provinces peuvent s'engager à l'étranger.

Le 14 décembre 2005, Jean Charest, le Premier ministre du Québec, déclarait être « particulièrement fier de cette entente [*entente de 2005*] internationale » qui confirmait, selon lui, « la capacité du Québec de négocier et de conclure des ententes internationales dans ses champs de compétence ». Le Premier ministre soulignait par la même occasion la fierté qu'il éprouvait « d'agir ensemble pour la protection des eaux que nous partageons et qui constituent près du cinquième des réserves d'eau douce de la planète [...] »³⁰⁵.

Cette déclaration peut sembler anodine à première vue. Toutefois, en y regardant de plus près, nous pouvons constater un fondement significatif qui sous-tend de tels propos. En fait, les raisons évoquées comme étant des facteurs de fierté par le Premier ministre s'appuient sur des opinions fortement partagées dans la population québécoise. Il s'agit plus précisément de deux dossiers où les québécois(e)s ont des opinions assez arrêtées.

D'abord, l'idée selon laquelle le Québec devrait jouer un rôle important en matière de relations internationales est très majoritairement répandue dans la population. Ainsi, en 1999, un sondage Léger et Léger indiquait que 87% des Québécois appuyaient l'idée de permettre au Québec d'être présent dans les forums internationaux où ses intérêts sont en jeu³⁰⁶. De la même façon, un sondage CROP-La Presse-TVA réalisé durant la même année précisait qu'une forte majorité de Québécois approuvait l'idée que le gouvernement du Québec puisse participer officiellement à des forums internationaux qui traitent de questions culturelles³⁰⁷.

³⁰⁵ Cabinet du Premier ministre du Québec, Communiqué, « Signature de l'entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent – Une entente internationale au service du développement durable du bassin des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent », (14 décembre 2005), site du Bureau du Premier ministre, en ligne: <http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Decembre2005/14/c0375.html>

³⁰⁶ Michel Venne, « Le Québec devrait avoir un droit de parole », *Le Devoir*, samedi 24 et dimanche 25 avril 1999. Le sondage a été réalisé par la firme Léger et Léger du 1^{er} au 6 avril auprès de 500 personnes, à la demande de groupe Génération Québec, qui est un « regroupement de jeunes professionnels, gens d'affaires et universitaires voués à la promotion de la souveraineté du Québec. »

³⁰⁷ Denis Lessard, « Appui massif à la présence du Québec à des forums internationaux », *La Presse*, 3 avril 1999. L'enquête CROP réalisée du 18 au 28 mars 1999 auprès de 1001 répondants. Le taux

Toujours dans le sondage CROP-La Presse TVA, 64% des répondants se disaient d'accord avec le Premier ministre de l'époque au sujet de la participation du Québec à des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation la science et la culture (UNESCO). Cette idée a d'ailleurs été si populaire qu'elle paraît avoir constitué l'une des raisons principales pour lesquelles les Conservateurs ont été en mesure d'aller chercher tant de votes dans la *Belle province*, lors des élections générales de janvier 2006³⁰⁸. Enfin, une minorité seulement de la population semblait appuyer l'idée selon laquelle le fédéral devait être le seul gouvernement compétent pour exprimer son opinion sur la scène internationale. Ainsi, seulement 24% des Québécois partageaient le point de vue de Stéphane Dion qui soutenait que le Canada devait parler d'une seule voix³⁰⁹. En somme, on pourrait dire sans trop se tromper que ces deux dossiers font pratiquement consensus au sein de la province³¹⁰.

Ensuite, il y a, comme le sous-tend la seconde affirmation du Premier ministre, la question environnementale. Cette dernière prend de plus en plus d'importance au Québec, et ce, tant en politique intérieure qu'en matière internationale. Par exemple, une récente étude d'une firme internationale réputée pour ses recherches en environnement, McAllister Opinion Research, indiquait que les « questions environnementales en général arrivent en tête des préoccupations exprimées par les Québécois, alors qu'elles occupent le troisième rang à l'échelle nationale ... »³¹¹.

d'approbation atteignait 70% chez les francophones et 75% chez les moins de 35 ans. [Denis Lessard, *Appui massif à la présence du Québec*]

³⁰⁸ François Desjardins, « Au Québec – recul du Bloc et percée conservatrice », *Le Devoir*, mardi 24 janvier 2006, en ligne <http://www.ledevoir.com/2006/01/24/100413.html>

³⁰⁹ Denis Lessard, *Appui massif à la présence du Québec*, supra note 307.

³¹⁰ Pour l'analyse des deux sondages cités juste ci-dessous, voir Stéphane Paquin, *La paradiplomatie identitaire : le Québec, la Catalogne et la Flandre en relations internationales*, note de recherche, (2004) 23 Politique soc. 203, à la page 211.

³¹¹ Le rapport lui-même n'est pas disponible. Voir ce que rapportait *La Presse Canadienne* dans le résumé : « En bref – Les Canadiens et l'environnement », *Le Devoir*, mercredi 6 septembre 2006, site du journal *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2006/09/06/117464.html?273>

À la lumière de ces constats plus sociologiques que juridiques, il devient très compréhensible de voir le gouvernement du Québec faire grand cas, sur une note émotive traduisant sa fierté, d'ententes internationales signées en matière d'environnement. Mais quel lien tout cela peut-il avoir avec les relations internationales? Car, en somme, ce qui vient juste d'être exposé, n'est-il pas seulement une question de mouvance politique interne?

Les autorités intellectuelles plus traditionnelles en sciences sociales, entendues au sens large, prétendraient probablement que oui, puisqu'une province n'était pas, selon le vieux biais « État-nation-centrique », un acteur international³¹². Pourtant, un courant de pensée plus récent en science politique vient apporter une perspective neuve et fraîche sur ces « sujets très peu étudiés »³¹³. Il permet de faire un lien entre certaines caractéristiques sociologiques d'une nation évoluant à l'intérieur d'un État fédéré et ses réflexes politiques en matière de relations internationales.

Ce point de vue permet aussi de comprendre de façon unifiée les deux prémisses qui viennent d'être mises en lumière. La première veut que les États fédérés peuvent chercher et réussir effectivement à être actif sur le plan international. La seconde étant que les priorités de la population des États fédérés (ou, dit dans le langage des relations internationales, *l'identité* de l'État fédéré) deviennent un facteur important par lequel un gouvernement peut chercher à projeter sa personnalité à l'extérieur des frontières de l'entité fédérale. Le professeur Stéphan Paquin s'est penché en profondeur sur ces deux questions³¹⁴. Sa revue de la littérature sur ce sujet est importante et démontre que ce

³¹² Luc Bernier dans *De Paris à Washington. La politique internationale du Québec*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1996, explique aux pages 10 à 13 que la raison est probablement que les spécialistes des relations internationales n'étudient pas les questions internes et que, inversement, les sociologues spécialisés dans les questions internes se désintéressent des questions de politique externes.

³¹³ Stéphane Paquin, *Paradiplomatie et relations internationales. Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, Peter-Lang, 2004 à la page 25. [Stéphane Paquin : Paradiplomatie et RI]

³¹⁴ Stéphane Paquin, *La paradiplomatie identitaire, le Québec et la Catalogne en relations internationales*, Thèse de doctorat dirigée par Bertrand Badie, IEP Paris, décembre 2002.

dernier fait l'objet de résistance académique. Son sujet d'étude, la paradiplomatie, n'est pas reconnu par certains comme une réalité³¹⁵. Pourtant, ses conclusions semblent consistantes et reflètent justement la réalité complexe des relations extérieures des entités fédérées.

Ainsi, vu tout le contentieux entre le gouvernement fédéral et les provinces analysé plus haut concernant la portée de la *Charte des Grands Lacs* et des ententes connexes auxquelles elle réfère, on ne peut qu'être d'accord avec la conclusion du professeur lorsqu'il dit qu'« alors que l'on assume au niveau international que les États fédéraux sont des acteurs unitaires, rationnels et qu'ils représentent "l'intérêt national" de leur communauté politique, les faits démontrent le contraire³¹⁶. »

Il nous semble donc que la réalité et les faits plaident en effet en faveur d'une reconnaissance de l'exercice d'un phénomène diplomatique par les États fédérés. Nous ne voyons pas autrement de quoi d'autre il pourrait être question lorsque le premier ministre du Québec rencontre le Président français, ou son premier ministre, dans le cadre d'une cérémonie officielle dans la plus stricte observation des conventions protocolaires³¹⁷. De toute façon, le concept même de paradiplomatie identitaire n'est pas l'équivalent de la diplomatie, qui réfère à un concept juridique précis en droit international public³¹⁸. Il cherche à englober une réalité plus grande et en même temps plus précise que le terme diplomatie. Il faut voir que le terme paradiplomatie est composé de deux notions distinctes. La première comporte l'idée d'une diplomatie parallèle dont la théorie veut qu'elle soit l'apanage des entités non-pleinement

³¹⁵ Voir par exemple Brian Hocking, *Localizing Foreign Policy. Non-Central Governments and Multilayered Diplomacy*, London, St Martin's Press, 1993.

³¹⁶ Stéphane Paquin : Paradiplomatie et RI, *supra* note 313 à la 165.

³¹⁷ Voir à cet effet par exemple François Leduc, *Guide de la pratique des relations internationales du Québec*, Gouvernement du Québec, Ministère des relations internationales, Québec. Cet ouvrage se veut un manuel destiné à encadrer les relations diplomatiques et protocolaires du gouvernement québécois avec ses homologues étrangers.

³¹⁸ Voir *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 19 mars 1967, 500 R.T.N.U. 95.

souveraines. La seconde qualifie la première dans le sens où elle lui donne son objectif : renforcer l'identité. Voici comment le professeur Paquin explique ce concept :

(U)ne paradiplomatie est mise en œuvre lorsqu'un mandat est donné à des représentants officiels par un gouvernement subétatique ou un conseil municipal de négocier avec des acteurs internationaux. La politique économique et commerciale, la promotion des exportations, la science et la technologie, l'énergie, l'environnement, l'éducation, l'immigration et la mobilité des personnes, les relations multilatérales, le développement international et les droits de l'Homme forment les grands dossiers paradiplomatiques.

Comme on l'a déjà noté, il existe plusieurs types de paradiplomatie. À la paradiplomatie classique, il faut ajouter la protodiplomatie, dont l'objectif des acteurs est d'obtenir le statut d'État souverain et la paradiplomatie identitaire dont l'enjeu est le renforcement ou la construction de la nation minoritaire dans le cadre d'un pays multinational. La paradiplomatie identitaire est différente de la protodiplomatie en ce sens que l'objectif n'est pas la réalisation de l'indépendance. L'objectif des entrepreneurs identitaires est d'aller chercher les ressources qui leur font défaut à l'interne, en plus de chercher à se faire reconnaître comme nation au niveau international, processus essentiel de toute tentative de construction de la nation. La paradiplomatie identitaire est importante car les entités subétatiques les plus dynamiques en relations internationales (Québec, Catalogne, Flandre) ont toutes une caractéristique commune : le nationalisme³¹⁹. (nos soulignés)

L'utilisation du terme paradiplomatie provient, selon le professeur Paquin, de l'étude des systèmes fédéraux dans le contexte de la mondialisation. Il s'explique ainsi :

Le néologisme « paradiplomatie » apparaît dans la littérature scientifique dans les années 1980. Le concept s'inscrivait alors dans le renouveau de l'étude du fédéralisme et de la politique comparée. Il servait à décrire les activités internationales des États fédérés canadiens et américains dans le contexte de la mondialisation³²⁰.

En arrière-plan de ces éléments de définition, nous pouvons observer une variable commune : une tentative de projection à l'extérieur de caractéristiques propres à un ensemble politique, souvent déniées à l'interne ou, du moins, présentées comme telles

³¹⁹ Stéphane Paquin : Paradiplomatie et RI, *supra* note 313 aux pages 18-19.

³²⁰ *Ibid* à la page 16.

par les entrepreneurs identitaires. En langage moderne, et pour reprendre les termes du professeur Paquin, on y verrait une manifestation de nationalisme. D'un point de vue plus juridique on pourrait aussi utiliser le terme souveraineté positive, dont nous avons discuté plus haut, du professeur Kahn.

À notre avis, l'action internationale du Québec dans le régime de protection des Grands Lacs peut se concevoir comme la mise en œuvre d'une paradiplomatie visant à exporter à l'extérieur des caractéristiques propres à un ensemble politique. Même s'il est évident que la construction du régime de protection des Grands Lacs et ses orientations peuvent découler d'intérêts contradictoires, il faut, à notre avis, surtout prendre acte de la présentation que nous fait le gouvernement de cette action. Ce dernier exprime sa préoccupation importante pour l'environnement. Or, comme il a été mentionné plus tôt, les Québécois sont extrêmement préoccupés par cette question. Mais il y a plus.

Au-delà des sondages qui prouvent l'attachement grandissant que les Québécois portent à la question de l'environnement, ce domaine serait, selon certains, littéralement en train de devenir une composante essentielle de l'identité québécoise. Comme l'écrivait le journaliste Antoine Robitaille, « Autrefois, toute discussion débouchait invariablement sur la «question nationale». De nos jours, tout ou presque conduit au vert³²¹. »

Cette réflexion serait d'ailleurs conforme à l'air ambiant, selon le professeur Jean Herman Guay, cité dans le même article. Le professeur Herman Guay, qui reste un des meilleurs analystes post-modernes de la société québécoise, expliquait que nous assistons à une reconfiguration des postulats du nationalisme québécois. Ainsi, après la religion catholique, la protection de la langue française et l'identification du peuple Québécois à ses institutions (Hydro-Québec, la Caisse de dépôts et de placements etc...), le Québec serait graduellement en train d'intégrer la protection de l'environnement

³²¹ Antoine Robitaille, *Du bleu au vert, L'environnement est-il en train de remplacer la nation et la langue*, Le Devoir, 24 et 25 juin 2006, Site Le Devoir, en ligne à : <http://www.ledevoir.com/2006/06/24/112387.html>

comme vecteur constitutif de son identité. Toujours selon le professeur, il faudrait voir cette identification nouvelle à l'environnement comme une continuité, un prolongement de l'attachement des Québécois au terroir et aux valeurs qui y sont rattachées.

Si la position des Québécois face à la crainte du réchauffement climatique est un autre indicateur, il ne serait donc pas étonnant de voir dans les années à venir nombre d'actions internationales de toutes sortes visant la protection de l'environnement et la promotion d'un environnement plus sain. En d'autres mots, l'action internationale du Québec des années à venir pourrait fortement être teintée d'une sorte d'« éconationalisme ».

En résumé, la reconnaissance du phénomène paradiplomatique identitaire permet de mieux saisir le phénomène plus large qu'est celui de la création et du maintien d'un ordre mondial reposant, en partie, sur les unités politiques à caractère identitaire. Cette incursion dans le cœur du Québec permet aussi de mieux comprendre les contours de son identité, qui constitue, dans une large mesure, le fondement juridique de sa personnalité internationale. Mais surtout, elle permet de donner un sens à l'action internationale du Québec dans un monde cosmopolite où la raison peine souvent à suivre l'évolution du droit.

CONCLUSION

Les approches constitutionnelle et internationale au problème de la capacité internationale des États fédérés ont chacune leurs avantages et leurs limites. Ensemble, elles constituent pourtant deux facettes d'un même problème. Le réflexe de bien des juristes de traiter distinctement la problématique selon l'une ou l'autre des approches, et de préférer bien souvent l'analyse constitutionnelle, a longtemps été un handicap empêchant une perspective globale de la problématique. Cette attitude constitue peut-être même une des raisons principales expliquant l'incertitude qui entoure toujours la question. Dans le contexte d'une mondialisation déjà bien avancée, une telle attitude n'est plus tolérable. C'est pourquoi une analyse intégrée qui tienne compte de ces deux approches est hautement souhaitable.

Pourtant, malgré cette dichotomie analytique apparente dans la littérature, une réconciliation est possible. En effet, la dimension politique à la base de la problématique de la capacité internationale des États fédérés a toujours constitué une variable commune aux deux approches. Cette dimension politique permet d'ailleurs de comprendre pourquoi notre question a toujours fait l'objet de débats. Alors que la capacité internationale dans les fédérations est une question politique controversée à l'interne, la notion d'État en droit international, dont dépend l'exercice de la capacité internationale, est tout aussi délicate et chargée de ce qu'il est convenu d'appeler des « considérations politiques ». En fait, c'est peut-être la persistance et l'importance de ces considérations politiques à la base de la question de la capacité internationale des États fédérés qui favorisent le traitement dichotomique de la question. Eu égard à l'importance de la dimension politique du problème, une approche interdisciplinaire s'impose.

En tant que théorie dynamique, interactionnelle, créative et interdisciplinaire, le constructivisme juridique permet de prendre en considération les dimensions constitutionnelle, internationale et politique relatives au problème de la capacité internationale des États fédérés. Cette approche répond à la fois aux questions juridiques

que pose la question de la capacité internationale, tout en offrant les outils que commande l'étude de phénomènes internationaux traditionnellement réservés aux théories des relations internationales en science politique. En effet, en reconnaissant que le droit est une production sociale qui résulte des interactions entre acteurs, il devient possible de prendre en considération tant les règles auxquelles acceptent de se soumettre les acteurs que le contexte dans lequel ces mêmes règles sont construites. Aussi, il devient dès lors possible d'intégrer les concepts d'identité et d'intérêts, si chers aux théoriciens des relations internationales, dans le cadre d'une analyse de phénomènes juridiques.

Enfin, cette approche, qui repose largement sur la perspective théorique de la normativité dynamique et créative du professeur Lon L. Fuller, permet également d'appréhender les relations internationales d'une entité politique non pleinement souveraine. En effet, cette perspective théorique reconnaît la diversité des acteurs et des sources de légitimité, à la manière de la pensée pluraliste en droit. En somme, cette approche permet de reconnaître que ce ne sont pas seulement les États pleinement souverains qui ont des relations internationales et, en conséquence, une identité et des intérêts.

L'utilisation du constructivisme juridique et du pluralisme comme approches a évidemment plusieurs implications méthodologiques importantes sur le plan de l'appréhension et la compréhension des concepts. Bien souvent, cette utilisation oblige en fait à poser un regard critique et différent sur les concepts et les phénomènes juridiques généralement associés à la question de la capacité internationale des États fédérés.

D'abord, en s'intéressant plus particulièrement aux interactions entre acteurs comme source de droit, le constructivisme juridique oblige à cerner les repères discursifs qu'utilisent les acteurs afin de s'identifier, d'adapter et d'ajuster leurs comportements et de prévoir celui de leurs homologues. À ce chapitre, il faut conclure que certains États fédérés peuvent raisonnablement croire qu'il est légal et légitime pour eux d'exercer une

capacité internationale. La même chose est évidemment vraie pour leurs homologues, notamment les États pleinement souverains et les autres États fédérés. En effet, et malgré ce que certains pourraient être portés à croire, le discours du droit international est généralement ouvert à l'idée que des États fédérés puissent exercer une capacité internationale. Bien des publicistes estiment par exemple que de telles entités peuvent exercer et exercent effectivement une capacité internationale et ce, en autant que les règles constitutionnelles qui les régissent leur permettent. Dans le cas du Québec, le niveau d'analyse constitutionnelle permet de conclure que l'état du droit positif suffit à légitimer la position de la province. Il nous semble que la réalité constitutionnelle est suffisante pour procurer au Québec une identité préalable lui permettant d'estimer être en droit d'exercer une capacité internationale. En effet, le droit constitutionnel n'interdit pas formellement l'idée selon laquelle les provinces ont la capacité internationale. À notre avis, il suggère même fortement le contraire. Même si la position du gouvernement fédéral pourrait fragiliser cette opinion, le comportement des différentes composantes de l'État central et le prolongement international des compétences ministérielles envoient un signal contraire à la position du gouvernement fédéral. Sur la base de cette réalité pratique, le Québec peut, encore une fois, se sentir légitimé dans sa position.

Ensuite, le constructivisme juridique et le pluralisme obligent bien souvent à poser un regard critique sur différents aspects juridiques généralement liés à la question de la capacité internationale des États fédérés. Ainsi en est-il par exemple de la notion d'État et du concept de souveraineté.

En ce qui concerne l'État, nous avons vu que l'opinion classique veut qu'il soit constitué par une population, un gouvernement, un territoire et la capacité internationale. Rappelons à ce sujet une remarque importante : le Québec semble à première vue posséder toutes ces caractéristiques. Quoi qu'il en soit, une analyse critique de ces critères mène à la conclusion que ceux-ci ne constituent pas l'idée d'État en tant que tel

tant ils sont réfractaires à la systématisation doctrinale et sont, de la même façon, difficiles à défendre sur les plans conceptuel et logique.

Néanmoins, même si ces critères ne sont pas constitutifs de l'État en tant que tel, ils ont une très grande importance dans le processus discursif menant à sa reconnaissance. Plus précisément, nous avons vu que les critères formels sont des éléments primordiaux dans le cadre des considérations politiques qui président à la reconnaissance d'État. En fait, nous devons surtout conclure que ces considérations politiques, dont les critères formels de l'État sont probablement les plus importants, sous-entendent tout un système de références, d'idées mutuellement construites et de facteurs de reconnaissance enchâssés dans des concepts juridiques souvent souples et malléables. En somme, l'acquisition et la consolidation de la capacité internationale par les États fédérés reposent largement sur la reconnaissance, d'abord, et les interactions, ensuite, entre des acteurs qui utilisent le discours juridique pour faire naître et forger leur personnalité.

Ce processus naturel est clairement observable dans l'histoire de la capacité internationale du Québec. En effet, une fois que la France a mis le Québec au monde en le reconnaissant comme homologue habilité à entrer en relation direct avec elle, le Québec a ensuite acquis une identité internationale qu'il n'a jamais cessé de consolider par la suite.

En ce qui concerne la souveraineté, la pensée pluraliste conduit à adopter une même approche critique. D'abord, cette pensée oblige à rejeter l'adéquation que l'on présente souvent entre la souveraineté et la notion d'État. Même s'il peut être juste de parler, dans certaines situations, d'État-souverain, cela n'implique nullement que les termes de cette formule sont indissociables. L'un peut aller sans l'autre.

En fait, de notre point de vue, la souveraineté est une chose relativement autonome qui peut s'appliquer à différents sujets. À cet égard, nous avons vu que la souveraineté peut être conçue comme une forme discursive dans laquelle des prétentions concernant

l'existence et le caractère d'un pouvoir structurant suprême sont exprimées. Ce pouvoir suprême est par ailleurs chargé d'établir et de soutenir l'identité et le statut politique d'une entité tout en procurant la source première de l'ordre juridique:

En tant que représentation discursive, donc malléable et changeante, il est évidemment difficile d'admettre, sur le plan du principe, l'idée généralement reçue selon laquelle la souveraineté est une, indivisible et inaliénable. D'ailleurs, une certaine lecture des acceptions génériques courantes de la souveraineté suggère une notion bien différente.

Ainsi, même si l'on soutient généralement que la souveraineté Westphalienne-Vettalienne protège les États contre l'influence extérieure, nous avons vu que l'histoire regorge d'exemples où l'ingérence d'un État dans les affaires d'un autre a fait l'objet d'une justification « légalisante » de part et d'autre. Par exemple, jamais les États-Unis n'ont soutenu que l'imposition d'une constitution au Japon à la suite de la Seconde guerre mondiale fût fondée sur une violation de la souveraineté Westphalienne-Vettalienne.

Dans le même ordre d'idée, l'idée selon laquelle la souveraineté est indivisible ne résiste pas à l'analyse. Par exemple, dans le cadre d'une fédération, comment croire que la souveraineté est indivisible alors même que le principe même du fédéralisme suppose le contraire ? Le développement d'entités supra-nationales, comme l'Union Européenne, et la création d'institutions internationales, telle la Cour pénale internationale, produisent aussi, à des degrés divers, le même effet : ils disloquent les souverainetés.

À la lumière de ces constats, que penser de la souveraineté internationale, de laquelle découle largement la capacité internationale ? Il faut admettre qu'elle est multiple et qu'elle peut prendre des formes diversifiées. D'ailleurs, ce constat n'est pas bien surprenant puisqu'il s'insère parfaitement dans la jurisprudence bien établie de la Cour internationale de justice.

Évidemment, la lecture critique des différents éléments fondamentaux généralement associés au concept de la capacité internationale des États fédérés n'est pas sans conséquence sur la conception plus générale de l'ordre juridique international. Dans ce cadre, la vision réaliste, selon laquelle l'ordre international est un environnement anarchique dans lequel le droit représente les intérêts d'acteurs étatiques unitaires objectivement dominants, est remplacée par une perspective plus subtile. Dans cette perspective, les diverses sortes d'acteurs, généralement regroupés en communautés politiques existentielles, construisent par leurs interactions un système au contour juridique plus ou moins clair qui s'apparente, à certains égards, à un système fédéral. En fait, une certaine littérature estime que le système juridique international évolue lentement vers une forme de fédéralisme international. À notre avis, ce système repose sur une constitution informelle soutenue par des acteurs dont l'identité et les intérêts se modulent en fonction des interactions qui prennent place le long d'une ligne de partage fonctionnelle et institutionnelle des tâches.

Aussi, dans le cadre de ce système, différents régimes prennent forme sur des matières d'intérêt international. Dans le langage des sciences politiques, un régime se définit comme l'ensemble des principes, normes, règles et procédures permettant la prise de décision, autour desquels les attentes des acteurs convergent sur une matière d'intérêt international. Dans le langage du constructivisme juridique, cette définition se concentre un peu plus sur les éléments juridiques et est modulée en terme de degré d'intensité de la force obligatoire des instruments normatifs. De ce point de vue, les éléments juridiques du régime vont de la simple tentative de trouver des politiques communes sur un sujet donné, à la mise en œuvre d'instruments normatifs contraignants qui seront à même de diriger le comportement des acteurs sur une matière donnée. Dans ce cadre, le régime réfère donc d'abord à l'évolution du discours et des échanges politiques devant mener à la négociation sur des ententes et/ou des normes coutumières contraignantes. Une fois avancée dans le développement du régime, cette même notion réfère ensuite à l'ensemble des obligations qui émergent des négociations et qui sont, bien souvent, enchâssées dans des ententes.

Dans le cadre du régime de protection des Grands Lacs, auquel le Québec participe, cette notion de régime est particulièrement éclairante et aide à comprendre notre problématique de la capacité internationale des États fédérés. En fait, l'analyse de la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs permet de comprendre un des mécanismes par lequel le Québec a consolidé son identité internationale, d'une part, et son identité et ses intérêts en matière de protection de l'environnement, d'autre part.

Ainsi, nous avons d'abord observé que la conception égoïste des gouvernements fédéraux états-uniens et canadiens quant à leur gestion mixte du régime de protection des Grands Lacs a créé un vacuum qui a permis aux États américains et aux provinces canadiennes de développer l'idée selon laquelle ils avaient un rôle à jouer dans ce régime. En examinant ensuite la transformation des identités des gouvernements fédéral et provinciaux sur cette question, nous avons vu que le Québec a tranquillement intégré l'idée selon laquelle son action internationale en matière de protection des Grands Lacs était non seulement légitime mais aussi nécessaire et supportée par différents acteurs.

En effet, une analyse historique des interactions entre les acteurs a permis d'observer les différentes étapes de la transformation d'un régime, tel que nous l'avons décrit juste avant. Ainsi, nous avons vu que les mécanismes de discussion et de concertation entre les États américains et les provinces étaient au début forts rudimentaires. Ces mécanismes ont aujourd'hui atteint un niveau de maturité juridique qui permet de comparer les instruments juridiques qui ont été développés avec ce qui se retrouve généralement dans les traités internationaux entre États-souverains. En effet, les *Ententes de 2005* comprennent toute une série de normes contraignantes et des mécanismes de mise en oeuvre obligatoires.

Enfin, tout ce développement peut être mis en relation intime avec au moins deux aspects importants de l'identité du Québec. En effet, en même temps que l'on assistait à

la maturation du régime de protection des Grands Lacs entre les États américains et les provinces canadiennes, on pouvait observer que l'exercice de la capacité internationale et la question de la protection de l'environnement étaient des sujets qui faisaient l'objet d'un large consensus et d'une perception positive dans la province de Québec. Loin d'être une coïncidence, la contemporanéité de ces deux phénomènes peut faire l'objet d'une synthèse à la lumière du phénomène de la paradiplomatie identitaire.

Selon la littérature, la paradiplomatie consiste à analyser les relations internationales des États fédérés. La paradiplomatie devient identitaires lorsque l'enjeu est le renforcement ou la construction de la nation minoritaire dans le cadre d'un pays multinational. Ainsi, la paradiplomatie identitaire est le processus par lequel une nation va chercher les ressources qui lui font défaut à l'interne tout en essayant de se faire reconnaître comme nation au niveau international.

Selon nos observations de la participation du Québec au régime de protection des Grands Lacs, le processus interactionnel et discursif a consolidé les aspects identitaire tant à l'interne qu'à l'externe. Autrement dit, en extériorisant des dimensions identitaires internes, le Québec a non seulement renforcé différents aspects de son caractère national, mais a aussi consolidé sa personnalité juridique internationale sur le sujet général de la protection environnementale. Ce processus discursif laisse aujourd'hui entrevoir le développement d'une espèce d'« éconationalisme » qui risque fort de se manifester à nouveau dans le futur.

À notre avis, les différentes constatations dont nous venons de faire état permettent de tirer deux conclusions méthodologiques d'ordre général. La première concerne la relation entre les questions d'ordre constitutionnel, international et politique que nous nous sommes proposé d'aborder au travers ce mémoire. La seconde porte sur l'utilisation des concepts fondamentaux entourant la nature des entités ayant des relations internationales et, donc, touchant la question plus précise de l'exercice de la capacité internationale.

En ce qui concerne les différentes dimensions juridiques et politiques de notre problématique, il nous semble juste d'affirmer que loin d'évoluer en vase clos, les aspects constitutionnel, international et politique relatifs au problème de la capacité internationale des États fédérés sont reliés et s'interpénètrent. En effet, lorsque analysés à la lumière des sciences politiques, on se rend compte que les ordres juridiques international et constitutionnel entretiennent une relation intime et s'influencent mutuellement.

Pour sa part, le droit constitutionnel est pris en compte par le droit international puisqu'il offre la marque tangible d'une entité. De la même façon, par ses règles, il permet une identification constitutive préalable (comme par exemple l'environnement) aux États fédérés qui en viennent à extérioriser certaines dimensions caractéristiques qu'elles estiment posséder à l'interne, comme dans notre exemple, la capacité internationale et l'environnement. Cette extériorisation a un effet important sur le droit international puisqu'elle incite cet ordre juridique à prendre en compte différentes entités. De son côté, le droit international a une influence importante sur le droit constitutionnel en consolidant la personnalité juridique des participants qui oeuvrent en son sein et en influençant par le fait même l'identité collective nationale des peuples, ce qui, à terme, influence également l'évolution d'une constitution interprétée d'une façon dynamique et évolutive³²².

En second lieu, le dialogue que nous avons découvert entre la méthodologie juridique et la théorie constructiviste en science politique permet un rapprochement entre des notions qui n'étaient pas reliées de façon évidente de prime abord. À notre avis, le constructivisme juridique nous enseigne que les notions d'identité, de personnalité juridique internationale et de souveraineté sont intimement reliées et ce, tant en droit

³²² *Edwards c. Canada (P.G.)*, [1930] A.C. 124 (Lord Sankey).

qu'en science politique. Ces notions constituent en fait différentes facettes d'une même réalité : le sujet international.

Ces deux conclusions méthodologiques nous amènent à inscrire le point final de notre réflexion en proposant ce qui suit. La question de savoir si le Québec possède la capacité internationale est, à notre avis, évidente : il l'a. La question consiste plutôt à comprendre comment il l'exerce et de quelle façon les acteurs réussissent à résoudre certaines tensions et conflits sur les plans politique et juridique afin de mettre en œuvre, sur le plan international, des compétences qui leur sont propres. Il est donc d'intérêt d'examiner les pratiques, les négociations, les ententes, les arbitrages dans lesquels s'engage chaque pallier de gouvernement afin d'exercer la compétence qui est la sienne.

Dans l'avenir, une telle analyse nous semble possible en suivant la voie que nous avons empruntée dans ce mémoire. Outre certains approfondissements conceptuels quant à l'évolution récente des concepts de souveraineté et d'État, si la longueur du mémoire l'avait permis, il aurait été utile d'examiner à l'aide de plus de données empiriques les perceptions sociales des différents acteurs. Ce projet aurait été d'autant plus intéressant à réaliser que les outils méthodologiques permettant de remplir ce mandat existent déjà. En effet, la théorie des représentations et la psychologie sociale, deux courants très près des prémisses constructivistes en sciences politiques et du constructionisme en psychologie sociale, ont déjà fait leur preuve en matière d'analyse empirique de perceptions des représentations sociales du droit³²³ et permettraient, à notre avis, d'enrichir nos connaissances et notre compréhension du processus de transformation identitaire lors de l'exercice de la capacité internationale par les États fédérés dans le cadre d'un régime donné.

³²³ Pour une présentation générale du projet et des études déjà réalisées sur le sujet voir Willem Doise, *Droits de l'homme et force des idées*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Canada

Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

Loi constitutionnelle de 1982 (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Statut de Westminster, (1931), 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.).

États-Unis

Pub. L. No. 90-419, 82 Stat 414 (1968).

U.S. Const. Art. I, 2, cl. 3.

JURISPRUDENCE

Canada

Avis sur la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

Canada (P.G.) v. Ontario (P.G.), [1937] A.C. 335.

Capital Cities Communications Inc. c. Radio-Télévision canadienne, [1978] 2 R.C.S. 141.

Edwards c. Canada (P.G.), [1930] A.C. 124.

Francis c. La Reine, [1956] R.C.S. 618.

Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports du Canada, [1992] 1 R.C.S. 3.

Hodge v. R., [1883] 9 A.C. 117.

MacDonald c. Vapor, [1997] 2 R.C.S. 134.

P.G. Ontario c. Scott, [1956] R.C.S. 137.

Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 R.C.S. 86.

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401.

R. c. Hydro-Quebec, [1997] 3 R.C.S. 213.

Renvoi sur la Sécession du Québec, [1998] 2 S.C.R. 217.

Schneider c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 112.

Thompson c. Thompson [1994] 3 R.C.S. 551.

États-Unis

Missouri c. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

New York c. United States, 505 U.S. 144 (1992).

Printz c. United States, 521 U.S. 898 (1997).

United States c. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

DOCTRINE

Monographies

Austin, John. *Province of Jurisprudence Determined*, London, Legal Classics Library, 2005.

Batistella, Dario. *Théories des relations internationales*, Paris, Presse de Science Po, 2003.

Bédard, Charles. *Le bassin du Saint-Laurent et les Grands Lacs : cadre juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004.

Bernier, Ivan. *International Legal Aspects of Federalism*, London, Longman, 1973.

Bernier, Luc. dans *De Paris a Washington. La politique internationale du Québec*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1996.

Biersteker Thomas J. et Weber, Cynthia. (dir.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Bobbio, Norberto. *Sur le positivisme juridique dans Mélanges Paul Roubier*, t.1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961.

Bradley, Mark R. *Turning point : Decisions Shaping the Evolution of the International Political Economy*, Broadview Press, Peterborough, 1998.

Brossard, Jacques, Patry, André & Weiser, Élysabeth (dir.), *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Brun, Henry et Tremblay, Guy. *Droit constitutionnel*, 4^{ième} éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002.

Byers, Michael (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Carr, Edward Hellet. publiait *The Twenty Years' Crises : an Introduction to the Study of International Relations*, London, Macmillan, 1939.

Cassese, Antonio. *International Law*, 2^{ième} éd., Oxford, Oxford University Press 2004.

Chayes, Abram et Chayes, Antonia H. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, University Press, 1995.

Crawford, James. *The Creation of State in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Doise, Willem. *Droits de l'homme et force des idées*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

Dinh, Nguyen Quoc. *Droit international public*, 6^{ième} éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2004.

Dyzenhaus, David. « The Rule of (Administrative) Law in International Law? » IILJ Working Paper 2005/1.

Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2^{ième} éd., Ottawa, La collection bleue, 2004.

Finnemore, Martha. *National Interests in International Society*, Ithaca, Cornell University Press, 1996.

Fukuyama, Francis. *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

Goldstein, Joshua S. et Whitworth, Sandra. (pour l'édition canadienne), *International Relations*, Pearson Longman, Toronto, 2005.

Hart, H.L.A. *The concept of law*, 2^{ième} éd., Oxford, Clarendon Press, 1961.

Haas, Ernst Bernard. *Beyond the Nation-State : Functionnalism and International Organization*, Stanford, Stanford University Press, 1964.

Hocking, Brian. *Localizing Foreign Policy. Non-Central Governments and Multilayered Diplomacy*, London, St Martin's Press, 1993.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, (édition pour étudiant) Toronto, Thompson, 2001.

Jennings, Robert and Watts, Arthur. (dir.), *Oppenheim's International Law : a Treatise*, 9^{ième} éd., London, Longman, 1994.

Kant, Immanuel. *Projet de paix perpétuel : esquisse philosophique*, texte allemand et français, traduit par Zum Ewigen Frieden, Paris, Librairie Philosophique, 2002.

Katzenstein, Peter J. (dir), *The Culture of National Security*, New York, Columbia University Press, 1996.

Lauterpacht, Hersch. *International law : being the collected papers of Hersch Lauterpacht / systematically arranged and edited by Elihu Lauterpacht.*, vol. 1, (The General Work) Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

Leduc, François. *Guide de la pratique des relations internationales du Québec*, Gouvernement du Québec, Ministère des relations internationales, 2003.

Machiavel, Nicolas. *Le Prince*, Librairie générale française, Paris, 1983.

Macleod, Alex, Dufault, Èvelyne et Dufour, François Guillaume. (dir), *Relations internationales : théories et concepts*, Montréal, Éditions Athéna, 2004.

McWhinney, Edward. *Federal Constitution-Making for a Multi-National World*, Leyden : A. W. Sijthoff, 1966.

Morgenthau, Hans. *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf 1948.

Morgenthau, Hans. *Scientific Man vs Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press 1946.

Niebuhr, Reinhold *Moral Man and Immoral Society*, New York, Scribner's 1932.

Onuf, Nicholas. *World of Our Making. Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, South Carolina University Press, 1989.

Stéphane Paquin, *Paradiplomatie et relations internationales. Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, Peter-Lang, 2004.

Pigeons, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Québec éditeur officiel, 1978.

Rousseau, Jean-Jacques *Du contrat social*, (1^{ère} version) Paris, Édition Gallimard, 1998.

Reuter, Paul. *Introduction to the Law of Treaties*, traduit du français par José Mico et Peter Hagggenmacher, London, Kegan Paul International, Distribué par J. Wiley & Sons, New York, 1995.

Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

Vattel, Emmerich de. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, 1758.

Verhoeven, Joe. *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.

Waltz, Kenneth *Man, the State and War*, New York, Colombia University Press, 1959.

Waltz, Kenneth. *Theory of International Politics*, Toronto, Don Mills, 1979.

Wendt, Alexander. *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Wheare, Kenneth C. *Federal Government*, London, Oxford University Press, 1963.

Périodiques

Abbott, Kenneth W. « Economic Issue and Political Participation: The Evolving Boundaries of International Federalism » (1996) 18 *Cardozo L. Rev.* 971.

Aron, Raymond. « Qu'est-ce que la théorie des relations internationales », (1967) 5 *Rev. Fran. Sc. Pol.* 837.

Beaulac, Stéphane. « The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality? », (2000) 2 *J. Hist. Int'l L.* 170.

Berman, Paul Schiff. « A Pluralist Approach to International law », (2007) 32 *Yal. Jour. Int. L.* 301.

Bluemel, Erik B. « Overcoming NGO Accountability Concerns in International Governance », (2005) 31 *Brook. J. Int. L.* 139.

Bowden, Marie-Ann. « Friends of the Oldman River Society v. Canada et al: Two Steps Forward, One Step Back » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 209.

Bradley, Curtis A. « Treaty Power and American Federalism » (1998) 97 *Mich. L. Rev.* 390.

Bradley, Curtis A. « Treaty Power and American Federalism Part II » (2000) 97 *Mich. L. Rev.* 98.

Brun, Pierre. « La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement » (1993) 24 *R.G.D.* 191.

Brunnée, Jutta et Toppe, Stephen J. « Environmental Security and Freshwater Resources: Ecosystem Regime Building », (1997) 91 *Am. J. Int'l L.* 26.

Brunnée, Jutta et Toope, Stephen J. « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law », (2000) 39 *Colum. J. Transnat'l L.* 19.

Brunnée, Jutta. et Toope, Stephen J. « Freshwater Regimes: The Mandate of the International Joint Commission » (1998) 15 *Ariz. J. Int'l & Comp.* 273.

Cass, Deborah Z. « The Constitutionalization of International Trade Law : Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade » (2001) 12 *Eur. J. Int'l L.* 39.

Dalton, Richard. et Groom, Richard. « The Right to Strike in Australia : International Treaty Obligations and the External Affairs Power » (2000) 1 *Melb. J. Int'l L.* 167.

Delbrück, Jost. « Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State » (2004) 11 *Ind. J. Global Legal Stud.* 31.

DeWitt, Daniel K. Note, « Great Words Needed for the Great Lakes : Reasons to Rewrite the Boundary Waters Treaty of 1909 » (1993) 69 *Ind. L.J.* 299.

Edmond, Paul. « The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution » (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647.

Ferdinandusse, Ward. « Out of the Black Box ? The International Obligations of State Organs » (2003) 29 *Brook. J. Int'l L.* 53.

Fischer, Katrina L. « Harnessing the Treaty Power in Support of Environmental Regulation of Activities That Don't Substantially Affect Interstate Commerce: Recognizing the Realities of the New Federalism » (2004) 22 *Va. Env'tl. L.J.* 167.

Fitzgerald, Edward A. « The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act » (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 55.

Focsaneanu, V.L. « Esquisse d'un droit international sans obligation ni sanction : un essai de droit des gens phénoménologiques » (1977) VIII *E.I.* 447.

Fuller, Lon L. « A Reply to Professors Cohen and Dworkin » (1965) 10 *Vill. L. Rev.* 655.

Gibson, Dale. « Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada » (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.

Grant, Thomas D. « Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents » (1999) 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 403.

Grenon, Jean-Yves. « De la conclusion des traités et de leur mise en oeuvre au Canada » (1962) 40 *Can. Bar Rev.* 151.

Goodman, Ryan et Jinks, Derek. « International Law and State Socialization: Conceptual, Empirical and Normative Challenge », (2005) 54 *Duke L.J.* 983.

Golove, David M. « Treaty-Making and the Nation: The Historical Foundations of the Nationalist Conception of the Treaty Power » (2000) 98 Mich. L. Rev. 1075.

Hall, Noah D. « Toward a New Horizontal Federalism: Interstate Water Management in the Great Lakes Region » (2006) 77 Col. L. Rev. 405.

Helfer, Laurence R. « Constitutional Analogies in the International Legal System » (2003) 37 Loy. L. A. L. Rev. 193.

Henkin, Louis. « Human Rights and State « Sovereignty » », (1994) 25 GA. J. Intl. & Comp. L. 31.

Herzog, Michael. « Can Hamas be Tamed ? », (2006) 85 For. Aff. 83.

Hergoz, Peter E. « Treaty-Making Power of the European Community Thirty Years (Approximately) after the ERTA Case - And Where Does This Leave the United States » (2003) 30 Syracuse J. Int'l L. & Com. 205.

Hoffmann, Stanley. « The Crisis of International Liberalism », (1995) 98 For. Pol. 159.

Humphrey, John P. « The Revolution in the Law of Human Rights », (1975) 4 Hum Rts. 205.

Kahn, Paul. « The Question of Sovereignty » (2004) 40 Stan. J. Int'l L. 259.

Kelsen, Hans. *Qu'est-ce que la théorie pure du droit*, (1992) 22 Drt. & soc., 556.

Krisch, Nico. « The Plurarism of Global Administrative Law? » (2006) 17 Eur. Int. Jour.'l. 247.

Krasner, Stephen D. « International Law and International Relations: Together, Apart, Together? » (2000) 1 Chi. J. Int'. L. 93.

Krasner, Stephen D. « The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law », (2004) 25 Mich. J. Int'l L. 1075.

Leclair, Jean. « Aperçu de l'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada » (1995) 21 Queen's L.J. 37.

Leclair, Jean. « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement » (1996), 27 R.G.D. 137.

- Lemarquand, David. *The International Joint Commission and Changing Canada-United States Boundary Relations*, (1993) 33 Nat. Ressources J., 59.
- Giroux, Lorne. « La capacité internationale des provinces en droit constitutionnel canadien » (1967-1968) 9 C. de D. 241.
- MacCormick, Neil. « Beyond the Sovereign State », (1993) 56 Mod. L. Rev. 1.
- Mason, Robert W. « A Constitution for World-Wide Federation », (1911) 5 Mel. L. Rev. 49.
- Moravcsik, Andrew. « Taking Preferences Seriously », (1997) 51 Int. Org. 513.
- Morin, Jacques-Yvan. « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé » (1965) 3 Can. Y.B. Int'l Law 127.
- McGinnis, John O. « The Decline of the Western Nation State and the Rise of the Regime of International Federalism » (1996) 18 Cardozo L. Rev. 903.
- Nagan, Winston P. et Hammer, Craig. « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », (2004) 43 Colum. J. Trans'l J. 141.
- Nowrot, Karsten. « Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law », (1999) 6 Ind. J. Global Legal Stud. 579.
- Onuf, Nicholas. « The Constitution of International Society » (1994) 5 Eur. J. Int'l L. 1.
- Otto, Anu Pilola. « Assessing Theories of Global Governance: A Case Study of International Antitrust Regulation », (2003) 39 Stan. J. Int. L. 207.
- Otto, Dianne. « Nongovernmental Organizations in the United Nations Systems: The Emerging Role of International Civil Society », (1996) 18 Hum. Rts. Q. 107.
- Owen, John. « The Foreign Imposition of Domestic Institution », (2002) 56 Int'l. Org. 375.
- Paquin, Stéphane. *La paradiplomatie identitaire : le Québec, la Catalogne et la Flandre en relations internationales*, note de recherche, (2004) 23 Politique soc. 203, à la page 211.
- Pradelle, Paul de La. « Educational and Cultural Agreement Ententes : France, Canada and Quebec-Birth of a New Treaty Making Technique for Federal States » (1966) 60 Am. J. Int'l L. 529.

Ruggie, Gerard. « Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations », (1993) 47 Int'l. Org. 139.

Slaughter, Anne-Marie « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », (1993) 87 Am. J. Int'l. J. 205.

Slaughter, Anne-Marie, Tumello, Andrew S. et Stepan Wood, « International Law and International Relations Theory: A new Generation of Interdisciplinary Scholarship » (1998) 92 Am. J. Int'l L. 367.

Spiro, Peter J. « Globalization and the (Foreign Affaire) Constitution », (2003) 55 Stan. L. Rev. 1999.

Spiro, Peter J. « The Boundaries of Cosmopolitan Pluralism » (2005) 51 Wayne L. Rev. 1261.

Spiro, Peter J. « The States and International Human Rights », (1997) 66 Fordham L. Rev 573.

Peter J. Spiro, Peter J. « Treaties, International law, and Constitutional Rights », (2003) 55 Stan. L. Rev. 1999.

Schreuer, Christoph. « The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? », (1993) 4 Eur. J. Int. L. 447.

Swaine, Edward T. « Does Federalism Constraint the Treaty Power » (2003) 103 Colum. L. Rev. 403.

Szasz, Paul. « The Security Council Starts Legislating? », (2002) 94(4) Am. J. Int. L. 901.

Talmon, Stefan. « The Constitutive versus the Declaratory Doctrine of Recognition », (2004) 74 Brit. Y. B. Int. L. 101.

Virally, M. « The Nature of International Law » (1962) 14 U. of T.L.J. 176.

Weiler, Joseph H. H. « The Promised Constitutional Land » (2001) 12 K.C.L.J. 5.

Wendt, Alexander. « Anarchy is What States Make of It : the Social Construction of Power Politics », (1992) 46 Int. Org. 391.

Wigmore, John H. « Constitutional Problems in the Coming World Federation », (1942) 28 A.B.A. J. 526.

« Restructuring the Modern Treaty Power », Note (2001) 114 Harv. L. Rev. 2478.

« Too Sovereign but not Sovereign Enough: Are U.S. States Beyond the Reach of the Law of Nations? », Note (2003) 116 Harv. L. Rev. 2654.

Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Benvenisti, Eyal. *Domestic Politics and International Resources: What Role for International Law?*, dans Byers, Michael. (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Kelsen, Hans. « The Essence of International Law », dans Deutsch, K. et Hoffman, S. (dir.), *The Relevance of International Law*, Garden City, Doubleday & Co. Inc., 1971.

Keohane, Robert O. « International Relations and International Law : Two Optics », (1997) 38 Harv. Int'l L. J. 487.

Krasner, Stephen D. *Problematic Sovereignty* dans Krasner, Stephen D. (dir.), *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*, New York, Columbia University Press, 2001.

Krasner, Stephen D. *Regimes and the Limits of Realism : Regimes as Autonomous Variable*, dans Krasner, Stephen D. (dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983.

Krasner, Stephen D. *Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables*, dans Krasner, Stephen D. (dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983.

Montgomery, John D. *Sovereignty in Transition*, dans John D. Montgomery (éds.), *Sovereignty Under Challenge*, London, Transaction Publishers, 2002.

Onuf, Nicolas. « Constructivism : A User's Manual » dans Vendulka, Kubalkova. (dir.), *International Relations in a Constructed World*, Armonk, Sharpe, 1998.

Toope, Stephen J. *Emerging Patterns of Governance and International Law*, dans Byers, Michael. (dir.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Turp, Daniel. « La doctrine Gérin-Lajoie et l'émergence d'un droit québécois des relations internationales » dans Paquin, Stéphane. (dir.), *Les relations internationales du*

Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005), Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.

Walker, Neil. *Late Sovereignty in the European Union*, dans Walker, Neil. (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Manuscrits non publiés

Cyr, Hugo. *Canadian Federalism and Treaty Powers: Existential Communities, Functional Regimes and the Canadian Constitution*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007.

Paquin, Stéphane. *La paradiplomatie identitaire, le Québec et la Catalogne en relations internationales*, Thèse de doctorat dirigée par Bertrand Badie, IEP Paris, décembre 2002.

Allocutions et texte présenté à une conférence

Börzel, Tanja A. et Risse, Thomas. « Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi-Level Governance System? », Symposium *Responses to Joschka Fischer, Jean Monnet Chair, Harvard Law School, Working Paper No.7/100*, 2000.

Le ministre de l'éducation du Québec Paul Gérin-Lajoie. Allocution, Discours donné devant le corps consulaire de Montréal le 12 avril 1965. Transcription disponible en ligne : Site du ministère des relations internationales. http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/politique_internationale/fondements/fondements.asp#fondementsjuridiques.

Articles de journaux

Antoine Robitaille, *Du bleu au vert, L'environnement est-il en train de remplacer la nation et la langue*, *Le Devoir*, 24 et 25 juin 2006, Site *Le Devoir*, en ligne à : <http://www.ledevoir.com/2006/06/24/112387.html>.

Cabinet du Premier ministre du Québec, Communiqué, « Signature de l'entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent – Une entente internationale au service du développement durable du bassin des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent », (14 décembre 2005), site du Bureau du Premier ministre, en ligne : <http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Decembre2005/14/c0375.html>.

Denis Lessard, « Appui massif à la présence du Québec a des forums internationaux », *La Presse*, 3 avril 1999.

Dutrisac, Robert. « «Le Canada doit parler d'une seule voix» Pettigrew relègue aux oubliettes la doctrine Gérin-Lajoie », *Le Devoir*, 2 septembre 2005, en ligne : Site du journal *Le Devoir*, <http://www.ledevoir.com/2005/09/02/89594.html>.

En bref – Les Canadiens et l'environnement », *Le Devoir*, mercredi 6 septembre 2006, site du journal *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2006/09/06/117464.html?273>.

François Desjardins, « Au Québec – recul du Bloc et percée conservatrice », *Le Devoir*, mardi 24 janvier 2006, en ligne <http://www.ledevoir.com/2006/01/24/100413.html>.

Le Monde, *Le Canada suspend son aide et tout contact avec le gouvernement du Hamas*, *Le Monde*, 30 mars 2006.

Michel Venne, « Le Québec devrait avoir un droit de parole », *Le Devoir*, samedi 24 et dimanche 25 avril 1999.

Myles, Brian. *De Gaulle et sa célèbre déclaration – 40 ans plus tard*, *Le Devoir*, 21 et 22 juillet 2007, Site du journal *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2007/07/21/151032.html>.

Nadeau, Nicole, *Adoption au Vietnam : Les parents québécois sont traités injustement*, *Le Devoir*, (15 juillet 2005), Site du journal *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2005/07/15/86168.html>.

Paquin, Stéphane. *Une réforme indispensable*, *Le Devoir*, 9 mars 2005, Site du journal *Le Devoir*, en ligne : <http://www.ledevoir.com/2006/06/24/112387.html>.

Pratte, André, *Du "gossage" fédéral*, *La Presse*, 6 juillet 2005.

Sylvain Larocque, « Harper contredit Jean, mais refuse de la condamner », *Presse Canadienne*, 26 septembre 2006, en ligne : Site de *La Presse*, en ligne : <http://www.cyberpresse.ca/article/20060926/CPACTUALITES/609262016/5293/CPSO> L.

World Briefing, *Vietnam: Premier Wants Tighter Adoption Rules*, *The New York Times*, (9 avril 2002), Site du journal *New York Times*, en ligne : <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9F0CE4DE103DF93AA35757C0A9649C8B63&partner=rssnyt&emc=rss>.

Communiqués de presse

Conseil des Canadiens, Communiqué, « Avis juridique historique à la veille de la mise en œuvre de l'Annexe des Grands Lacs » (18 octobre 2004), Site CNW, en ligne : <http://www.newswire.ca/en/releases/archive/October2004/18/c1353.html>.

Council of Great Lakes Governors, Communiqué, « Governors and Premiers sign Agreements to protect Great Lakes Water » (13 décembre 2005), *Site du Council of Great Lakes Governors*, http://www.cglg.org/projects/water/docs/12-13-05/Annex_2001_Press_Release_12-13-05.pdf.

Council of Great Lakes Governors, Communiqué, « Great Lakes St.-Lawrence Regional Body Holds Historic First Meeting, Premier McGuinty elected Vice-Chair », (6 juin 2006), *Site du Council of Great Lakes Governors*, : <http://www.cglg.org/projects/water/docs/PressRelease6-6-06.pdf>.

Secrétariat à l'adoption internationale, Ministère de la santé et des services sociaux, Communiqué, *Nouvelles procédures au Viêt Nam*, (15 avril 2004) Site du Secrétariat à l'adoption internationale, en ligne : <http://www.adoption.gouv.qc.ca/site/aid=215.phtml>.

Sources électroniques

Site d'Environnement Canada, pages des relations internationales, en ligne : http://www.ec.gc.ca/international/index_f.htm.

Site de la Commission des Grands Lacs, en ligne : <http://www.glc.org/about/>.

Site du Conseil des gouverneurs, en ligne : <http://www.cglg.org/>.

Site du Conseil des canadiens, en ligne : http://www.canadians.org/browse_categories_fr.htm?COC_token=23@@6a168629a0df4fb1f8508164bb215bb4&step=2&catid=5&iscat=1.

Site du Ministère d'Environnement Canada, en ligne : <http://www.on.ec.gc.ca/greatlakes/default.asp?lang=Fr&n=BA0D657B-1>.

Site du Ministère du Développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, en ligne : <http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/grandslacs/2005/index.htm>.

Site du World Federalist Movement, en ligne : <http://www.wfm.org/html/2e5oibv7.html>.

Site de Radio-Canada, Déviation de l'eau des Grands Lacs, en ligne : http://www.radiocanada.com/regions/ontario/Dossiers/deviationgrandslacs_10214.shtml.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Commission Mixte Internationale, *Rapport final sur la protection des eaux des Grands Lacs*, no. 1284, 1999, Site de la Commission Mixte Internationale, en ligne : <http://www.ijc.org/php/publications/html/interimreport/interimreportf.html>.

Rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable concernant les ententes de mise en œuvre de la Charte des Grands Lacs, Ottawa, Imprimeur de la Reine, novembre 2004, Président : Alan Tonks, député.

Réponse du Gouvernement au deuxième rapport du comité permanent de l'environnement et du développement durable : « Ententes de mise en œuvre de l'annexe

de 2001 de la Charte des Grands Lacs de 2005 (en ligne, site du Parlement du Canada : <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=8976&Lang=2&SourceId=117023>).

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Traités

Accord Canada- États-Unis sur la qualité de l'air, Canada et États-Unis, 13 mars 1991, 31 I.L.M. 1312.

Accord de coopération en matière d'adoption entre le Canada et la République socialiste du Vietnam, 27 juin 2005 R.T. Can. 2005 no. 4 (en vigueur : 15 décembre 2005).

Charte des Grands Lacs, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 11 février 1985, no. 1985-03 (entrée en vigueur : 11 février 1985).

Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993, 1870 R.T.N.U. 167 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1995).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 332 R.T.N.U. 1980.

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales et entre les organisations internationales, 21 mars 1986, Doc. Off. AG NU, 40^{ième} sess. Doc. A/Rés.129/15, 1986.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 19 mars 1967, 500 R.T.N.U. 95.

Convention de Montevideo, 165 L.N.T.S. 19.

Déclaration of partnership, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 21 septembre 1999, no.1999-04 (entrée en vigueur : octobre 1999).

Entente additionnelle à la Charte des Grands Lacs, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 18 juin 2001, no. 2001-05 (entrée en vigueur : 18 juin 2001).

Ententes sur les ressources en eaux durables des Bassins des Grands Lacs et du Fleuve St-Laurent, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvania, Québec, Wisconsin, 13 décembre 2005, no. 2005-07 (entrée en vigueur : 60 jours après la dernière notification de l'accomplissement des procédures légales requises à cet effet).

Statut de la Cour internationale de justice, 26 juin 1945, 59 Stat. 1055, T.S. No. 993.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 July 1998, U.N. Doc. A/Conf.183/9.

Traité sur les eaux limitrophes, Royaume-Uni et États-Unis, 11 janvier 1909, 102 B.S.P. 137.

Résolution du Conseil de sécurité

Sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes, Rés. CS. 1373, Doc. Off. CS. NU, 55^{ième} sess., Doc. NU S/RES/1373, 2001.

Jurisprudence

Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis), [1998] C.I.J. rec. 248.

Cumaraswamy (Différent relatif à l'immunité d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme), [1999] C.I.J. rec. 62.

Lagrand (Allemagne c. États-Unis) [2000] C.I.J. rec. 104.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, [1949] Rec. C.I.J. 174.

Documents internationaux

Déclaration des Nations Unies sur l'environnement, (Déclaration de Stockholm) (1972) Doc. N.U. A/CONF. 48/14/Rév. 1; 11 I.L.M.

Doc.off. CDI, Drafting Committee's report, *Canada : demande de vote séparé*, 7^{ième} sess., Doc. NU A/CONF.39/13, (1966).

European Community, Treaty Provisions for the Convention (Carrington Report) U.N. Doc. S/23169 annex VII (1991).

OÉA, Commission Interaméricaine des droits de l'homme, 49^{ième} sess., *Règlement de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme*, Doc. Off. OEA/Ser.L/VII.17, doc. 26, (1980).

Règlement de preuve et de procédure de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/1/3.